NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.
(SECCION JURÍDICA).

TEORÍA
DE LA
TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD,
Ó DEL
GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO.

POR

FRANCISCO CARRARA,

Senador del Reino de Italia, Profesor de la Universidad de Pisa, etc.

Vertida al castellano, con prólogo y notas

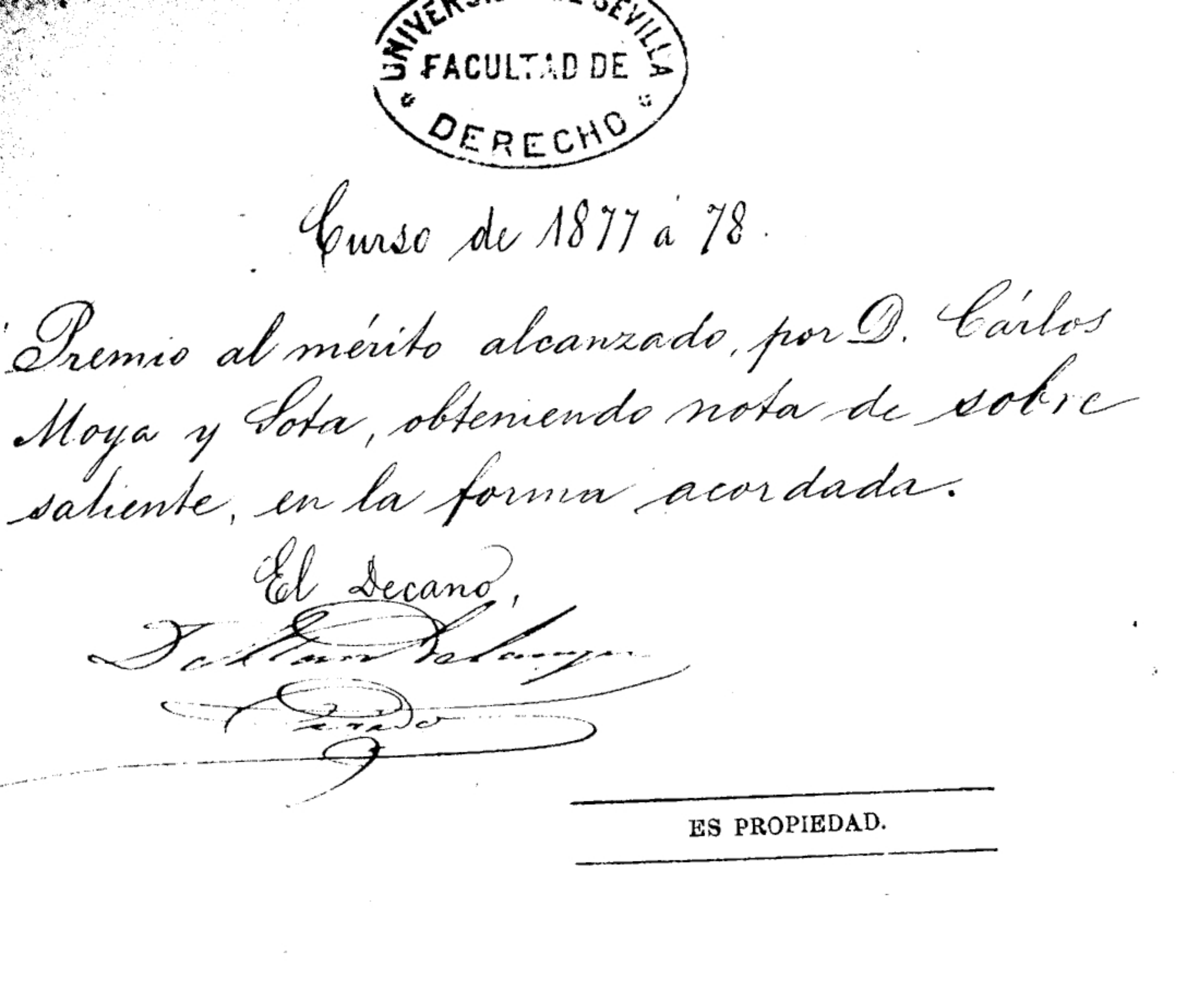
POR

D VICENTE ROMERO GIRON.

Abogado, ex-Secretario general de Gracia y Justicia, etc.

MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑIA, EDITORES.
Puerta del Sol, 13, y Corredera Baja, 7, Librería.

1877.



Curso de 1877 á 78.

Premio al mérito alcanzado, por D. Cárlos Moya y Sota, obteniendo nota de sobresaliente, en la forma acordada.

El Decano,

Prólogo del Traductor.

I.

No es desconocido en España, entre algunos amantes de los estudios jurídicos, el nombre del insigne Profesor de la Universidad de Pisa, Francisco Carrara. La excelente revista, que con el título de *Escuela del Derecho* publicó en Madrid don Cayetano de Estér por los años 1863 y 1864, insertó dos artículos de Carrara por todo extremo interesantes (*Ideas sobre el Derecho penal.—De la enmienda del reo como único fundamento y fin de la pena)*, los cuales dan clara y suficiente idea por su forma y contenido de las relevantes cualidades del autor, muestran su perfecto conocimiento de la ciencia penal, y convidan y estimulan á ensanchar más la relacion con tan preclaro jurisconsulto, recogiendo en sus numerosas obras abundante cosecha de doctrina y enseñanza teóricas, no ménos que fecundas y útiles aplicaciones prácticas.

Italia, su patria, le estima y considera como uno de los primeros criminalistas de la época presente y de seguro le tiene por el discípulo más autorizado y genuino de la escuela fundada en Tos-

cana por su maestro y predecesor en la Cátedra, el célebre Carmignani. Y en verdad, que una inteligencia superior, un sentido profundamente moral y humanitario, patrimonio comun de casi todos los jurisconsultos toscanos, una erudicion vastísima y finalmente, treinta años no interrumpidos de enseñanza doctrinal en la Cátedra, de trabajo y esperiencia en el Foro, de concurso asíduo á comisiones legislativas, de escritos de todo género en la prensa profesional, son otros tantos poderosísimos y legítimos medios por donde se llega segura y dignamente á la reputacion y autoridad merecidas de que disfruta Carrara dentro y fuera de Italia.

Pero si sus numerosos discípulos, esparcidos hoy por todos los ámbitos de la península italiana; sus muchos clientes, arrancados veces mil á los rigores de la justicia por los esfuerzos del noble abogado; sus compatriotas, en fin, pueden atestiguar directamente, las notorias cualidades que adornan al Profesor pisano, los jurisconsultos extranjeros encuentran en las diferentes obras salidas de su pluma, arsenal copioso donde las más importantes cuestiones, si no todas las del derecho penal, están tratadas con maestría y elevacion, con tán cabal conocimiento de la materia, que cualquier encomio, por exagerado que parezca, no traspasará ciertamente los límites de una extricta justicia. Aceptables ó no, segun la escuela de cada uno, los principios fundamentales del sistema de Carrara, no es posible desconocer despues de todo, que la ciencia del derecho penal tiene en él uno de sus más autorizados intérpretes y su inteligencia superior

no está cerrada á ninguno de los progresos humanitarios y científicos de la época moderna en punto á derecho y legislacion penales. Díganlo por nosotros sus calurosas protestas y reiterados ataques contra la pena de muerte y la acogida benévola que dispensa á los modernos adelantos de la ciencia penitenciaria, por cuyo medio indirecto se sepultan en el olvido los gérmenes aún subsistentes de la penalidad antigua, se demuestra la inconsistencia de la teoría absoluta, se da de mano á las relativas, cuyo criterio sea más bien externo y material y se consolidan y precisan más y más las eternas, inmutables relaciones íntimas de la moral con el derecho penal.

Ocupa el primero y principal lugar entre las obras de Carrara, su *Programa del curso de Derecho criminal* dado en la Universidad de Pisa, cuya parte general (un volúmen) vió la luz por primera vez en 1860, habiéndose agotado ya cuatro ediciones y disponiéndose en estos momentos la quinta (1). La parte especial, ó sea la exposicion detallada de las diferentes clases de delitos, que comprende siete volúmenes, alcanzó en 1872 la tercera edicion.

Partidario el autor del sistema de la *tutela jurídica*, que se esfuerza en distinguir del de la *seguridad social*, considera, que la máxima ó principio fundamental de su sistema, contiene la justifi-

---

(1) Una traduccion francesa de esta obra, hecha por Paul Baret, se publicó en París el pasado año de 1876.

cacion del derecho criminal, lo mismo en la esfera propia del derecho de castigar, que en la parte relativa á determinar el *cuánto* y el *cómo* de la represion y en el establecimiento de las reglas de proceder para comprobar el delito y averiguar el delincuente, ó sea el derecho procesal. Por eso la parte general del Programa comprende tres secciones distintas, precedidas de unos prolegómenos, á saber: el delito, la pena y el juicio penal.

Entretanto que continuaba y mejoraba el Programa, obra la más fundamental de todas, las lecciones inaugurales de cursos académicos, los trabajos críticos en cuestiones de legislacion y de práctica, los artículos bibliográficos sobre escritos nacionales y extranjeros se sucedian sin descanso, á la vez que emprendia la publicacion de la más comprensiva de sus monografías, la más pensada acaso de todas ellas, en la cual trata estensamente las interesantes, tanto como difíciles cuestiones de la *tentativa* y la *complicidad*, ya delineadas en sus rasgos principales en la parte general del Programa (cap. 9, arts. 1 y 2). Este trabajo, cuya traduccion damos á luz autorizados por el autor, fué publicado primeramente en un volúmen bajo el título *Del grado en la fuerza física del delito*, é incluido despues en la segunda edicion de los *Opúsculos del derecho criminal*, (5 vol. Lucca 1870) formando parte de una preciosa coleccion de monografías y estudios en los cuales se comprende variedad grande de cuestiones de doctrina general, (*Necesidad de profundos estudios jurídicos.—Derecho de la defensa pública y privada.— Variedad*

de la idea fundamental del derecho punitivo.—Doctrina fundamental de la tutela jurídica, etc), practicas, (*Tentativa en el ímpetu.—Dolo.—Fraude y estafa.—Envenenamiento.—Homicidio culpable.—Riña y duelo, etc.*), puntos relativos al procedimiento (*Cuestiones con ocasion del jurado.—Acusado y defensor, etc*), y asuntos de índole legislativa, (*Hojas de trabajo sobre el proyecto de Código penal italiano.—Las tres concubinas.—Un nuevo delito.—El delito y el matrimonio eclesiástico*).

Dos distintas obras dió á luz el profesor Carrara durante el año de 1874. Intitúlase la primera: *Bosquejo de práctica legislativa penal* (Roma 1874) y es verdaderamente un ensayo más ó ménos feliz y comprensivo de *Política del derecho penal* en el sentido propio de ciencia, que inspirándose en los principios eternos, fundamentales del derecho natural y teniendo en cuenta el estado presente del derecho positivo, la situacion social del pueblo, las necesidades, que el proceso contínuo de la vida ha engendrado, determina en consonancia con todos estos elementos y precisa con relacion á época dada las reformas posibles á que puede aspirarse. Este punto de vista, sinó con caractéres tan generales, palpita en el pensamiento de Carrara, que lo expone con envidiable claridad.

La novedad del asunto nos mueve, aunque pequemos en cierto modo de inoportunidad á consignar brevemente el pensamiento que al autor guia en su esposicion.

«El derecho penal, dice, requiere tres momentos para completar su vida y producir la utilidad pecu-

liar á su destino. El derecho penal pide ser *fundado, dictado* é *interpretado*.

»El estudio y la enseñanza del derecho penal, recorre, por lo tanto, tres fases que se distinguen entre sí de un modo clarísimo.

»Recorre la primera fase, cuando deriva de la suprema ley natural ó sea del puro derecho filosófico, las reglas absolutas de la razon punitiva é indaga los criterios á que debe subordinarse y los límites dentro de los cuales ha de circunscribirse la autoridad social en la *prohibicion*, la *pena* y el *juicio* de los hechos humanos. Hasta aquí el derecho penal se mueve en la esfera de lo *absoluto* y su contemplacion tiene los caractéres de pura ciencia. En esta primera elaboracion el estudio y la eñseñanza penal proceden con absoluta independencia de todo derecho positivo. Su obra se reduce á la fundacion del derecho penal en su primer momento y las verdades que de ella se deducen, preexisten á todas las leyes establecidas en las naciones. Numerosísimos y eminentes fueron los espositores de la ciencia penal bajo este primer aspecto, que en muchas Universidades forma el objeto principal de la enseñanza con el título de *Derecho penal filosófico*.

»Pero el derecho penal está destinado á gobernar á los coasociados y á asegurar el derecho de todos y de cada uno de ellos. Esto forma el tercer momento de su vida, luego que convertido en ley positiva de un Estado, necesita ser interpretado para aplicarlo á los hechos concretos. Recorre su tercera fase el estudio del derecho penal, cuando

sin contemplar ningun derecho especial constituido, supone no obstante su existencia y proveyendo á las necesidades de su aplicacion práctica, indaga los preceptos que deben servir de guía, segun la razon, á los llamados á interpretar un Código penal para adoptarlo á los hechos singulares realizados.. En esta fase, la enseñanza procede siempre segun reglas de abstracta razon y puede asegurarse sin caer en error, que en ella la doctrina penal revíste los caractéres de *arte*, sin conservar rigurosamente las condiciones de ciencia. Ella es la *lógica judicial* referida á la materia penal. Tambien cuenta entre los antiguos, lo mismo que entre los modernos, especiales maestros. Se enseña en las Universidades al esponer los comentarios de los Códigos penales y de procedimiento vigentes; esposicion, que no puede hacerse sobre el mero positivismo de la jurisprudencia, no completa todavía ó siempre variable, sino que ha de sacar sus reglas del imperativo lógico y de los preceptos ineludibles de la hermenéutica.

»Entre el primero y tercer momento de su vida, el derecho penal debe inevitablemente pasar por un segundo momento intermedio, en el cual, las verdades indagadas constitutivas de su ser, una vez fijas en el pensamiento de los filósofos, se traduzcan en preceptos impuestos á los coasociados, como otras tantas reglas de conducta. Para alcanzar este segundo momento de su vida el derecho penal, necesita ser *dictado*, precisado. Véase por donde el estudio y la enseñanza del derecho penal encuentran una segunda fase indispensable é inter-

media entre la primera y tercera. En ella la doctrina penal completa la aptitud del legislador. Y como debe prestar obediencia aún aquí, á los preceptos absolutos de la razon, segun son estudiados y coordinados, mientras que por otra parte le es forzoso penetrar en el campo de la práctica aplicacion, bien puede decirse que en esta fase el estudio y la enseñanza presentan los caractéres de *arte* y de *ciencia*, prevaleciendo acaso las primeras. A esto llamo yo *Doctrina de práctica legislativa*. No basta, que los publicistas resulten conformes acerca de las verdades cardinales de la razon prohibitiva, punitiva y judicial; no basta, que los jurisconsultos estén acordes sobre las reglas, segun las cuales, un derecho penal constituido haya de interpretarse y adaptarse á los casos concretos. En aquella contemplacion, el filósofo prevé un Código por formar; en esta el jurista supone un Código hecho. Destácase entre ambas fases, como inevitable é importantísima, la segunda, en la cual el Código *previsto* ó *propuesto* se va *formando* por el legislador. La doctrina penal no se ha completado con afirmar las verdades fundamentales, ni se realiza tampoco estableciendo las reglas de interpretacion de un Código escrito. Vastísimo campo queda por recorrer á la fase intermedia. El legislador, aunque penetrado de aquellas verdades fundamenlales, puede ser hábil para traducirlas en otros tantos artículos de ley. Es de necesidad transportar esas verdades superiores desde el campo del pensamiento á la vida real. Han de serlo, en primer lugar, como norma de todos los

ciudadanos y á la vez de aquellos á quienes incumbe la dolorosa mision de infligir las penas. Han de serlo en forma no confusa, sino sábiamente *ordenada*; en forma *coherente* y no contradictoria y elástica; en lenguaje *claro* y *preciso*, no dudoso ó ininteligible. Todo ello es de necesidad para que los ciudadanos sepan cuáles son los actos prohibidos por la ley y cuáles los permitidos y lo es más todavía, á fin de que las verdades fundamentales del derecho filosófico no sean contradichas ó menospreciadas, por efecto de una viciosa esposicion; lo es, además, para que no sea de todo punto inútil al jurista la doctrina de la lógica judicial ante un artículo de la ley bárbaramente confeccionado. Es necesario, por último, para que no se sustituya á los principios fundamentales de la razon abandonados en la region de las nubes, aquel perpétuo invasor, adversario homicida de la justicia: el arbitrio del hombre.»

Sin duda en el plan del autor no entraba el desarrollo completo de la *Política penal*, por cuanto el elemento preponderante de su obra es el puramente externo, cuya influencia, por lo comun, resulta algun tanto exagerada en el ánimo de Carrara, pero áun así no cabe duda, que el trabajo merece singular aprecio y acaso dé ocasion, ó sirva de estímulo á otros más comprensivos, segun el concepto general y más exacto de la *Política penal*, una de cuyas partes es sin duda, la que Carrara llama *Práctica legislativa*.

La segunda obra publicada en 1874 la forman una série de estudios, que intitula *Pensamientos*

sobre el proyecto del Código penal italiano de 1874 (1), cuya obra se enlaza en el órden de los trabajos del autor con las monografías de 1866 y 1867 á propósito de otros proyectos de Códigc penal, que se elaboraban en Italia, comprendidas en el tomo II de los *Opúsculos* bajo el título de *Hojas de trabajo sobre el proyecto de Código penal italiano*, constituyendo entre todas un conjunto de observaciones críticas de gran valor, sobre las cuestiones más vitales, que el Código penal puede comprender.

Recientemente el ilustre criminalista nos ha remitido un pequeño opúsculo, impreso en Lucca en 1875 con el título de *Principios fundamentales de la escuela penal italiana*, en cuyo trabajo contesta á la crítica de sus opiniones, hecha por el profesor Roeder de Heidelberg é inserta en el tomo II, cuaderno 4.° de la escelente *Rivista penale di dottrina, legislatione é giurisprudenza* dirigida por el abogado Luigi Lucchini.

Partidarios como somos de la *Doctrina correccional*, de buen grado discurriríamos acerca del folleto del profesor Carrara, si una consideracion de carácter personal no nos lo impidiera. La polémica entre ambos contendientes está abierta todavía y no se hará esperar mucho nueva contestacion de Roeder. De otra parte, la disputa, acaso por efecto de alguna equivocada inteligencia, se conduce á la sazon con demasiada viveza por los

(1) Ultimado siendo ministro de Justicia Vigliani, cuyo nombre lleva.

dos contendientes, si avanzados en edad, jóvenes de corazon é inteligencia, los dos igualmente persuadidos de la bondad de su causa, y no hemos nosotros de olvidar la consideracion, que ambos merecen en su respectiva situacion y el respeto debido á uno y á otro, con cuya amistad nos honramos.

Finalmente, si nuestras noticias no son equivocadas, el curso corriente de su enseñanza lo inauguró Carrara con un estudio sobre el *valor de la escusa de provocacion en los delitos de sangre*, escrito que no ha llegado todavía á nuestras manos.

II.

Debíamos hacer una reseña, aunque sucinta, de los escritos del profesor Carrara sobre Derecho penal, porque en nuestro sincero deseo de contribuir al adelantamiento de los estudios jurídicos en España, era inescusable motivar la eleccíon de la primera obra con que esta Biblioteca se inaugura, que aparte su interés é importancia por las cuestiones que son su objeto, no es el producto de un novel escritor, ni un pensamiento aislado sin precedentes y enlace con más ámplias investigaciones.

No: la *Teoría de la tentativa* y la *complicidad* está tratada con la mira puesta en principios fijos é inmutables para el autor, que informan todos sus escritos y se desenvuelven en todos ellos con rigor lógico.

¿Cuáles son estos? Idea perfecta nos da de ellos el mismo Carrara en carta de 24 de Enero próximo pasado, que nos dirigió otorgando su permiso para la traduccion del libro.

Me produce satisfaccion, que los juristas españoles puedan conocer cual sea el estado presente en Italia de esta parte del derecho criminal. En todos los principios fundamentales (cardini) *de la doctrina penal, la Italia se separa radicalmente de la escuela francesa, dejando el positivismo y el empirismo para penetrar en las más puras regiones de la filosofía. Y mientras la Francia sufre el predominio de las ideas subjetivas, nosotros, partidarios de la doctrina ontològica, tomamos siempre por guía la reglas del criterio objetivo, á las cuales lògicamente se refiere el principio del derecho de castigar, unánimemente reconocido por todos en la tutela jurídica. De esta diversidad de principios nacen todas las grandes diferencias, que abren un abismo entre la escuela criminal italiana y la escuela criminal francesa. Pero esta oposicion de ambas escuelas es más enérgica y pronunciada en la materia de la tentativa, y de la complicidad, más que en cualquiera otra parte del derecho penal. Verdaderamente sobre este punto somos los antípodas de los franceses, y es una oposicion que se manifiesta conjuntamente en los principios radicales, en su desenvolvimiento y en los efectos, tanto de la imputacion como de la pena. No es posible, que las dos escuelas se entiendan sobre las reglas teòricas y prácticas, porque el contraste procede de los principios superiores y de las razones jurídicas, que hacen políticamente imputable, así la tentativa como*

la más remota complicidad. Cierto es, que en órden á estas dos clases de criminalidad, los italianos son más severos para imputar y lo son ménos para castigar, mientras que los franceses son más benignos en la imputacion, pero mucho más severos é injustos en el castigo.

Es utilísimo, por lo tanto, que los juristas españoles puedan meditar en su lengua propia este libro mio, que resume la doctrina universal dominante entre nosotros, sobre el tema del Conato y la Complicidad. Es utilísimo además, porque la tendencia espiritualista de la filosofía española, llevará por relacion lógica á los juristas de la Península Ibérica, á fraternizar con profundas convicciones con los criminalistas de la escuela italiana y á precaverse y guardarse del empirismo francés. En este sentido mi libro tiene cierto valor, aunque no el mérito de la creacion original de las doctrinas que espone, pero es un fiel resúmen de los preceptos aceptados ya en todas nuestras escuelas, y seguidos tranquilamente por la jurisprudencia práctica de los Tribunales.

Me invita V. á escribir un prólogo ó introduccion para su traduccion, y yo no sabria encontrar materia; paréceme que lo dicho en esta puede servir con tal objeto (1).

---

(1) La continuacion de la notable carta, que dejamos transcrita en su parte sustancial, se refiere á ciertas preguntas que dirigíamos al autor para garantirnos acerca del original más reciente á la sazon. Véase la respuesta:

«Hace V. perfectamente en considerar como la más completa edicion de esta obra la 6.ª, que procede de Lucca; es

Como se ve por las líneas, que dejamos literalmente copiadas, el autor está poseido siempre de la idea fundamental en su sistema, la *tutela jurídica*, á la cual llega por un proceso, cuyos primeros momentos acaso se inspiran de la doctrina de Leibnitz al referir el principio del derecho al órden eterno establecido por Dios en el mundo moral.

La naturaleza del hombre, moralmente libre y responsable de sus propias determinaciones, lo somete, segun Carrara, al *deber*, de donde procede la ley moral que gobierna al mundo; ley cuyo imperio es inconcebible, si á la vez que *deberes*, no se reconocen al hombre *derechos*, en cuanto sean necesarios para cumplir aquellos. Todo deber, que se impone el hombre, lleva consigo la necesidad de un derecho á él correlativo y la suma de derechos se resume en la libertad esterna del hombre. Esta ley del derecho es primitiva, absoluta, congénita al hombre; forma parte de la ley suprema del órden, que desde el primer momento confiere á aquella facultad de ejercitar libremente sus fuerzas para la satisfaccion de sus propias necesidades, con la uni-

---

de 1870 y fué inserta en la segunda edicion de mis Opúsculos. No es probable que durante algun tiempo se hagan ulteriores reimpresiones, sobre lo cual puede V. estar tranquilo.

Finalmente me pregunta V. si he hecho correcciones posteriores, agregado notas ó suplementos, ó si creo conveniente hacerlo. Nada he añadido despues de 1870, porque si consideré necesario algun desenvolvimiento de cualquier idea sobre las cuestiones de la tentativa y la complicidad, he incluido las observaciones pertinentes en las reimpresiones de la parte especial del *Programa* hechas desde 1872.»

ca condicion de hacerlo sin ofender la libertad de sus semejantes. De aquí el *vínculo jurídico*.

Pero esto no es constantemente respetado por los hombres, que libres como son, tienen el poder de violar la ley jurídica, de donde nace la exigencia de constituir una fuerza permanente guardadora de esa ley, que satisfaga la necesidad de la *tutela del derecho*, la cual puede obtenerse *directamente* mediante coacion, que obligue al mal inclinado á respetar la ley jurídica, ó *indirectamente* por virtud de una *sancion*, que amenace con un mal al conculcador de los derechos ajenos.

Sin que entre en nuestro objeto de hoy esponer estensamente el sistema del profesor Carrara en todos sus pormenores y relaciones, impórtanos sin embargo dejar consignada la base general (en cuya última determinacion parece referirse á la doctrina Kantiana), porque ella esplica, á nuestro juicio, la preponderante influencia del puro elemento externo y material del delito en su teoría de la Tentativa y de la Complicidad, influencia que á veces se deja sentir demasiado, con agravio, á lo que pensamos, del elemento moral, como relegado en ocasiones á un segundo término, si bien el autor no desconoce, ni olvida, que la voluntad consciente del hombre, revelada en la intencion injusta, es la causa y raiz principal donde ha de buscarse el delito.

Por eso cuando procura determinar el elemento material ó físico constitutivo juntamente con el moral de la tentativa, dualismo derivado de la idea primordial en que funda el derecho penal, no

pudiendo precisarlo palpablemente como en el delito consumado por el hecho externo realizado que trae consigo la violacion de la ley del derecho y como consecuencia el daño producido á otro, lo cual no se da en la tentativa, construye ese elemento material, sin el que la idea del delito no tendria realidad segun el autor, mediante una abstraccion cuyos límites nos parecen por extremo variables é inciertos, á saber: la idea del *peligro corrido* por efecto de los actos ejecutivos, que no alcanzaron la realizacion completa del mal propósito ideado y puesto en práctica por el criminal. Por donde se muestra cómo el rigor lógico en el desenvolvimiento del principio general, lleva al autor á consecuencias, que muy bien pudieran darse la mano con alguna de las teorías preventivas, cuya inconsistencia está ya fuera de duda.

Esta idea del *peligro*, comun á casi todos los tratadistas italianos, (véanse entre otros varios que pudiéramos citar, Pessina (1), Tolomei (2), Canonico (3) es acaso más fructífera para determinar en el momento presente, segun las prescripciones de la Política penal, la cantidad de la pena aplicable á los diversos grados de la tentativa, que adecuada para precisar filosóficamente la razon de su imputabilidad, pues que en nuestro sentir los

---

(1) *Elementi di diritto penale*, 2.ª ed., tom. 1.º, pág. 223. Nápoles, 1875.

(2) *Diritto e procedura penale*, 3.ª ed., cap. 9, pág. 290. Pádua, 1875.

(3) *Del reato e della pena*, 2.ª ed., cap. 2.º, pág. 221. Turin, 1872.

hechos externos son puras consecuencias, signos de las determinaciones de la voluntad en las cuales únicamente reside la lesion del derecho, careciendo aquellas de valor propio y sustantivo determinante de la índole y condicion del delito.

No tiene, en verdad, la idea del conato abolengos perfectamente distintos y reconocidos en el proceso histórico del derecho penal. La variedad de textos del derecho romano, contradictorios entre sí, engendró no pocas dudas de los intérpretes que pretendieron averiguar cómo los romanos habian apreciado el conato en sus leyes. Si Alciato entendió, que en la doctrina romana tan solo se castigaba el delito consumado, Cujas, al cual siguieron Mathaei y Gravina, y entre los modernos Cropp y Waechter, sostiene fundado en el axioma: *in maleficiis voluntas expectatur non exitus,* la idéntica punibilidad del delito consumado y de la tentativa. Entre estas opiniones extremas se mueve la de Binkersoeck y Tiraquello admitida modernamente por Abbeg, Chaveau y F. Helie, De-Simoni, Heffter, Leliebre, Mittermaier, Nicolini, Sanio y Zacharia, que sostienen la diversa punibilidad de la tentativa y el delito consumado, salvo casos excepcionales del derecho particular sobre delitos atroces, *contra rationem juris, propter aliquam utilitatem.* Pessina propugna una opinion intermedia tambien, pero algo diversa de la anterior: 1.) En los delitos más graves entre los *públicos,* como el de homicidio y el de lesa majestad, en virtud del principio político ó de la intimidacion, una vez manifiesto el propósito criminoso, la accion reveladora

del mismo, por ténue que fuese, se equiparaba al delito consumado. *Eadem severitate voluntatem sceleris qua affectum jura puniri voluerunt.* 2.) En cuanto á los delitos privados era condicion esencial la realizacion del propósito. *Quid obfuit conatus cum injuriam nullum habuerit effectum?* 3.) La nocion del conato propiamente dicho, punible con pena menor á la del delito consumado, comienza á fijarse en tiempo de los Emperadores, pero respecto de algunos *crímenes extraordinarios* se distinguió entre reato *imperfecto* y *perfecto*, castigándose aquel con pena menor.

La apreciacion de Pessina es acertada y su sentido parece dominante en los escritos de la mayor parte de los intérpretes del derecho romano á partir del siglo XVI hasta los tiempos recientes de reforma, mejor dicho, de reconstruccion del derecho penal. Sin embargo, aún en obras anteriores, ideas más exactas, todavía embrionarias, se abrian paso y justo es reconocer, que la Italia representa gran papel, sinó el primero, en la evolucion. Bástanos al efecto recordar al célebre Alberto de Gandino en su escrito *De maleficiis: Cum quis cogita- agit et perficit, punitur. Si autem cogitavit et agit, sed non perficit, tunc subdistingue, quia aut noluit et potuit, aut noluit et non potuit: quia noluit venia dignus est, ut ff. de fal. l. quia falsum. Si autem quia non potuit, punitur: quia in maleficiis voluntas spectatur non exitus. Si autem cogitavit nec perficit, subdistingue, quia aut agitur in foro saeculari et non punitur, quia cogitationis poenam nemo maeretur: fallit in crimine lesae majestatis;* asi

como en la ciencia moderna la doctrina hoy preponderante fué introducida definitivamente por Romagnosi, núm. 660, 666 y siguientes.

Si los romanos, áun en medio de la diversidad y contradiccion de los textos, dan mayor importancia al daño intelectual (1) de modo, que su derecho penal se apoya ante todo sobre la intencion depravada, los germanos por el contrario siguiendo sus primitivas costumbres conceden preponderancia al elemento material ó de hecho por tal manera, que los actos externos ejecutivos constituyentes de conato segun las ideas modernas se reputaban delito particular (2) sin que para determinar su castigo se tuviese en cuenta la pena impuesta al delito consumado. (Véanse las leyes Bávara, Borgoñona, Wisigoda, Sajona, Frisona y alguna de las Escandinavas). Sólo las leyes Sálica y Lombarda constituyen escepcion á esta regla general y se inspiran en los proyectos romanos.

El derecho canónico, no obstante la particular atencion que dispensa al elemento intencional, como quiera que su fin se endereza hácia la correccion del culpable, siguió el rumbo de las ideas romanas en su último período, manteniendo la impunidad de la mera intencion, aparte los casos de pecado, y exigió en cuantos ejemplos se contraen á

(1) Mittermaier: Cuando comienza la penalidad del conato. *Nuevos archivos del Derecho Criminal*, tomo 2.°, cuaderno 4.°

(2) Como la idea de Pizzoli, citado por Carrara.

delitos la existencia de una accion directamente encaminada hácia aquella (1).

La Constitucion Carolina, como más tarde el Código Josefino, si bien limitan en cierto modo la influencia escesiva del elemento objetivo material, dominante en las ideas de la Edad Media, que se inspiraban en el sistema expiatorio, reconocieron, sin embargo, la necesidad de *actos visibles dirigidos á la ejecución del delito* (2), distinguiendo ya la primera de dichas compilaciones el conato de la consumacion, por cuanto en el primero no han tenido lugar el daño y el hecho (3).

Por lo tocante al estado de la legislacion y de la doctrina en España, que algo hemos de decir llegados á este punto, el Fuero Juzgo no establece regla alguna general, pero castiga algunas tentativas como delitos particulares, de por sí subsistentes, y la Ley de Partida, trasunto fiel de los Códigos romanos, excluye la intencion y castiga la tentativa de algunos delitos, con tal que se manifieste por actos exteriores, con la pena ordinaria del delito consumado. En cuanto á la Novísima Recopilacion, si de las leyes 1, 3 y 5, tít. 21, libro 12, puede deducirse la pena menor de la tentativa, las 4, tít. 8 y 1, tít. 30 del mismo libro, son tan terribles y severas, que imponen al conato la misma pena que al delito consumado. Nuestros intérpretes (nos fijamos en Diego Covarrubias) sos-

---

(1) Clem. I. de poenis.—C. 4, extrav. de judaeis.—C. 2, c. 36, q. 2, c. 2, x. de raptor.

(2) Constitucion Carolina, art. 178.

(3) Const. Carol., artículos 109, 130 y 132.

tienen la pena ordinaria para el conato ni *atrociisi-ruis* y la arbitraria en los demás.

Ni áun los Códigos modernos, no obstante la aparente unidad de todas las doctrinas hoy reinantes, han llegado á consagrar un precepto unánime, siendo todavía punto muy debatido el de la penalidad distinta ó igual en el delito frustrado y en el consumado. La cuestion lo será sin duda alguna por mucho tiempo, mientras subsista la lucha entre las diversas teorías y sistemas penales, mientras propondere en las legislaciones y en los jurisconsultos la consideracion del daño causado por el delito como elemento sustantivo y propio del mismo en lugar de apreciarlo como mera consecuencia.

Pero sea de esto lo que quiera, y volviendo á nuestro autor, no hemos de terminar estas líneas de introduccion sin llamar la atencion de los jurisconsultos sobre la obra del insigne publicista italiano, que influirá sin duda alguna en el ánimo de nuestros escritores, pero prestará mayor utilidad en la práctica al jurista y al magistrado.

Madrid y Abril, 1877.

Vicente Romero Giron.

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL

REFERENTE A LA TENTATIVA Y LA COMPLICIDAD

Todos los escritores que se ocupan en el derecho criminal tratan largamente estas importantes materias, como quiera que en ellas se contienen sin número de árduas cuestiones, originadas por la complicacion de las múltiples y variadas circunstancias propias de cada delito. Esta misma gravedad del asunto explica el cúmulo inmenso de estudios especiales, monografías, disertaciones y trabajos *in extenso*, dados á luz principalmente desde el siglo XVII hasta nuestros dias. Aunque no completo, ofrecemos á nuestros lectores un catálogo ó índice de los principales escritos, muchos de los que, así antiguos como recientes, merecen especialísima atencion y contienen datos y puntos de vista inapreciables para quien aspire á profundizar la materia y á resolver los árduos problemas que en ella se presentan. La misma notable obra, que damos á luz, muestra la necesidad de un profundo estudio del asunto y la escogida y variada erudicion que revela el autor es una prueba evidente de cuanto venimos indicando.

Aunque las obras cuya enumeracion sigue correspondan á muy diversas épocas, hemos preferido al órden cronológico, el alfabético por nombres de los respectivos autores, haciendo dos secciones distintas, una para la tentativa y otra referente á la complicidad, en su más lato y ámplio sentido.

SECCION PRIMERA.

SOBRE LA TENTATIVA.

1.—**Allers:** De poena cogitationum, ad. leg. 18 ff. de poenis, Bremen 1714.
2.—**Bader:** De conatu punibili, Francfort 1646.
3.—**Bar:** La doctrina de la tentativa, Hannover 1859.
4.—**Brouwer:** De conatu criminum ejusque puniendi ratione, Lion 1826.
5.—**Bruckner:** Disertatio sistens crímen conatus, Jena 1735.
6.—**Cropp:** Commentatio de præceptis juris romani, circa puniendum conatum delinquendi, Heidelberg 1813.
7.—**Dalloz:** Tentativa (Repertorio de jurisprudencia y legislacion), París 1849.
8.—**De Simoni:** De los delitos considerados en sus efectos y de las tentativas (obra de Felice Tureti), Milán 1854.
9.—**Dilherr:** De conatu poenan secundum naturæ et voluntaria juris incurrente, Altona 1648.
10.—**Geyer:** La tentativa (en el Rechtslexicon de Holtzen dorff), Leipzig 1871.
11.—**Heidemann:** De conatu delinquendi, Hale 1799.
12.—**Hepp:** Del delito consumado y de la tentativa, Heidelberg 1827.
13.—**Hertzog:** De crimine conatu, Jena 1735.
14.—**Hoffmann:** De initiis delictorun, Tubinga, 1768.
15.—**Hovius:** De pœna conatus, Amsterdam, 1774.
16.—**Hoyer:** Diatribe de conatu, Jena, 1687.
17.—**Iahn:** Harmonia juris criminalis et naturalis in doctrina de imputatione criminis atentati, Leipzig, 1734.
18.—**Iongsma:** De quæstione an delinquendi conatus pœna sit efficiendus si delinquens mutato consilio sponde a delicto abstineat, Groninga, 1826.
19.—**Jordan:** De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus, Marburgo, 1826.
20.—**Krug:** Doctrina de la tentativa (en el Rechts lexicon), Leipzig, 1854.
21.—**Lapegna:** Estudios sobre la tentativa, Nápoles, 1869.
22.—**Lefebure:** De conatu delicti, Gante, 1820.

23.—**Le lfebre:** Commentatio juridica de conatu delinquendi, Lovayna, 1828.

24.— **Luden:** De la tentativa en los delitos, Gottinga, 1836.

25.—**Merlin:** Tentativa (en el Repertorio), París, 1827.

26.—**Nicolini:** De la tentativa, Nápoles, 1837.

27.—**Nurgard:** Dissertatio de conatu delicti ejusque pœna, Gottinga, 1847.

28.—**Otto**: De la tentativa en los delitos, Leipzig, 1854.

29.—**Philipse:** De conatu delinquendi, Lyon, 1822.

30.—**Pizzoli:** Disertacion sobre la tentativa (Temis), Florencia, 1858.

31.—**Poth:** Tractatus de pœna conatus, Regio, 1710.

32.—**Schlegel:** Disputatio de conatu, Jena, 1687.

33.—**Slavinsky:** De pœna conatus, Regio, 1810.

34.—**Stock:** De conatu, Marburgo, 1693.

35.—**Sulztner:** De impunitate conatus in delictis, Leipzig, 1688.

36.—**Taranto:** De la tentativa punible, Palermo, 1876.

37.—**Tenzel:** De pœna criminis imperfecti, Francfort, 1730.

38.—**Thomasius:** Problema juris criminalis an pœna delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus, Leipzig, 1735.

49.—**Van-Bommel:** De cogitatione et conatu in pœnalibus, Lyon, 1766.

40.—**Vereick:** De cogitatione a pœnis libera, Lyon, 1730.

41.—**Wander-Ven:** De conatu delinquendi a quo ipsum delictum prorsus enosci nequit, Groninga, 1832.

42—**Werkest:** Dissertatio de modo in punitione conatus delinquendi servando, Gante, 1828.

43.—**Wibenga:** De puniendo conatu delinquendi, Groninga, 1828.

44.—**Wintgens:** De conatu delinquendi ejusque pœna, Groninga, 1822.

45.—**Zacharia:** La doctrina de la tentativa punible, Gottinga, 1836-39.

SECCION SEGUNDA.

SOBRE LA COMPLICIDAD.

1.—**Arrazola:** Cómplice, complicidad, (Enciclopedia española), Madrid, 1870.

2—**Beaulieu:** De la complicidad en Derecho romano y en Derecho francés, París,

3.—**Berner:** La participacion en el delito, Berlin, 1847.

4.—**Boehmer:** De obligatione ad revelandum occulta, Hale, 1734.

5.—**Burl**: Doctrina sobre la participacion en los delitos, Giessen, 1850.

6.—**Busmann**: De societate delinquendi, Groninga, 1824.

7.—**Bustoli:** De la solidaridad en materia penal, Bolonia, 1844.

8.—**Carrara:** De la receptacion, Pisa, 1862.

9.—**Champy:** De la complicidad, París, 1831.

10.—**Coccyo:** Dissertatio de sociis criminis, Francfort, 1801.

11.—**Dalloz:** Cómplice, complicidad (en el Repertorio), París, 1849.

12.—**Escriche:** Cómplice (Diccionario razonado de jurisprudencia), Madrid, 1874.

13.—**Eisenhart:** De vera criminis socii notione, Helmstadt, 1750.

14.—**Falckner:** Dissertatio de jure complicum in delictis, Jena, 1658.

15.—**Gebers**: De sociis delinquentium, Lyon, 1824.

16.—**Geiger**: Dissertatio de communicatione pœnarum, Altona, 1679.

17.—**Graafland** : Specimen juris exhibens quæstiones de sociis criminum, Lyon, 1785.

18.—**Henme**: De crimine siletii, Erfurt, 1761.

19.—**Hoersolte:** Doctrina de auctoribus et sociis delictorum, Lyon, 1828.

20.—**Hopp:** De concursu ad delictum secundum jus hodiernum, Gante, 1820.

21.—**Joly:** De la complicidad, París, 1855.

22.—**Kessenich:** De sociis in criminibus, Lieja, 1823.

23.—**Kitka:** Del concurso de diferentes personas en un delito. Viena, 1840.

24.—**Lagenbeck:** De la participacion en el delito, Jena, 1868

25.—**Deysser:** De societate inhonesta, Leipzig, 1717.

26.—**Ludovici:** Dissertatio de duobus circa idem factum concurrentibus, Hale, 1874.

27.—**Merlin:** Cómplice (en el Repertorio), París, 1827.

28.—**Nehrmann:** Dissertatio de sociis criminum, Lyon, 1747.

29.—**Nicolini:** De la complicidad, Nápoles, 1837.

30.—**Potesta:** De communione sceleris secundum jus criminale hodiernum, Lieja, 1820.
31.—**Puttman:** De receptatoribus, Leipzig, 1768.
32.—**Reihenardt:** De pœna delictis conniventium vel eorumdem scientiam habentium, Erfurt, 1734.
33.—**Schnell:** De pœnis regulariter mitioribus sociis criminum, quam in eorum auctoribus jure romano sancitis, Heidelberg, 1805.
34.—**Schroeter**: Quommodo nuda scientia criminis quem involvat, Jena, 1637.
35.—**Schutze:** De la participacion necesaria en los delitos, Leipzig 1869.
36.—**Schwendendorffer:** Dissertatio de participatione delicti, Leipzig 1676.
37.—**Skelund:** Dissertatio de concursu ad delictum, Abo 1824.
38.—**Smet:** De sociis in crimine, Gante 1827.
39.—**Stryk:** Dissertatio de imputatione facti alieni circa delicta, Francfort 1688.
40.—**Stübel:** De la participacion de varios en el mismo delito, Dresde 1828.
41.—**Surland:** Dissertatio de societate criminum ejusque poena, Francfort 1755.
42.—**Vanderkemp:** De eo qui delinquenti eet socius, Lion 1790.
43.—**Westphal:** Dissertatio de consortibus et fautoribus delictorum corumque poena et nexu, Hale 1760.
44.—**Welthers:** De anctoribus sociis et fautoribus delictorum corumque poenis, Groninga 1823.
45.—**Ziegler:** De ratihabitione, Viterbo 1760.
46.—**Ziegler:** La participacion en el delito, Marburgo 1845.

Los *Archivos de derecho criminal*, cuya publicacion ve la luz en Heidelberg desde mucho tiempo há, contienen en sus dos épocas inapreciables trabajos de Abbeg, Birnbaum, Borst, Brakenhoift, Chop, Hepp, Konopak, Mittermaier, Sander, Seckendorff, Schirah, Tittman, Ulens, Weber, Zacharia y Zirckler, en cuyos estudios se tratan con profundidad y vasta erudicion las materias de la tentativa y la complicidad, debiendo llamar muy especialmente la atencion sobre los varios opúsculos de Mittermaier, el trabajo de Hepp, notable por la singularidad de sus opiniones, que amplían con algnn exceso y exageracion el título de la tentativa y los acabados estudios de Zacharia sobre la tentativa *en los delitos de alta traicion*, y el de Sander,

acerca del *encubrimiento.* No en balde la referida publicacion toma el nombre de Archivos, porque en efecto, la coleccion registra los nombres de los más insignes criminalistas de Alemania y es un arsenal riquísimo, donde los amantes del estudio pueden acudir en demanda de luces para abordar los más graves y variados problemas de la ciencia y práctica criminales.

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO.

§ 1.º

La fuerza física del delito, que *subjetivamente* considerada tiene su elemento en la accion corporal del agente, y mirada *objetivamente* muestra su resultado en la violacion efectiva de la ley ó sea el daño inmediato, puede fraccionarse por causa de *interrupcion* ó *inejecucion* de los actos externos ó por virtud de la *division* de los mismos entre varios indivíduos. La *interrupcion* ó *inejecucion* de la fuerza física *subjetiva* y la falta de fuerza física *objetiva*, nos conducen á la teoría del delito *imperfecto* (1): la division de los actos motiva la teoría de la *complicidad*.

(1) Para el autor, la idea del delito *imperfecto* radica en la falta material de la violacion de la ley, aunque el culpable haya ejecutado con voluntad decidida actos exteriores capaces de producir aquella. Es decir, que la *imperfeccion* de un delito se determina por el conjunto de sus elementos materiales. Los antiguos no lo pensaban así, sinó que tenian una idea más ámplia del delito imperfecto. A su juicio podia serlo tanto *ratione procæresis* cuanto *ratione executionis*, de modo que eran delitos imperfectos bajo el aspecto intencional los del niño, del ébrio, del furioso y áun el producido por falta ó negligencia. Véase Carrara, *Programa, primera parte*, § 349 *y nota dispuesta para la quinta edicion italiana, inserta en la traduccion francesa.* (N. del T).

I

CONATO (1)

§ 2.°

Sabemos que la razon de castigar el delito se funda en la existencia de dos condiciones esenciales, que lo

(1) El uso que hacemos de esta palabra, requiere una explicacion de nuestra parte. *Conato* no es término admitido hasta ahora como extrictamente jurídico entre nosotros: el Código penal no lo emplea en parte alguna para designar la *tentativa*; y sin embargo, su sentido gramatical segun el Diccionario de la Academia, es entre otros, el de *acto* y *delito que se empezó y no llegó á consumarse*. Por el contrario, la palabra *tentativa*, que para los juristas tiene una significacion propia y concreta, única nos atreveríamos á decir, no envuelve sentido alguno forense ó jurídico para aquella autoridad en punto al lenguaje. Finalmente, la frase *atentado* expresa *procedimiento del juez sin jurisdiccion bastante ó contra el órden y forma que previene el derecho* y en otro sentido, *cualquier delito ó exceso grande*. El Código penal, hasta cierto punto, ha aceptado la última significacion haciendo de la palabra *atentado* un título especial de delito (Cód. pen., cap. 4.°, tít. 3.°, lib. II). La fraseología italiana es más completa: *conato*, *attentato*, *tentativo* pueden reputarse como sinónimos, si bien *conato* se nos presente como la expresion más genérica determinante de casi toda la escala de delitos imperfectos; *attentato* se contraiga al primer acto próximo de ejecucion y *tentativo* venga á expresar concretamente los actos subsiguien-

constituyen: porque el delito es un *hecho contrario á la seguridad* y resulta además de *un acto voluntario del hombre.* Como la concurrencia de la segunda condicion hace derivar de la primera, además del *daño inmediato* el *mediato ó reflejo*, se exige el castigo del hecho para restablecer en el ánimo de los ciudadanos la confianza de la propia seguridad, todo lo cual es por extremo evidente.

---

tes al acto próximo y más inmediatos al límite de la consumacion. Nuestro autor usa indistintamente de las tres palabras, aunque al emplearlas bien pudiera determinarse, segun el uso que hace de una ú otra, la relacion jurídica, que pretende expresar á tenor del sentido diverso, que dejamos apuntado respecto de cada una de ellas, por más que combata su distincion. (Véase más adelante nota al § 4.º)

Por nuestra parte, nos valdremos indiferentemente de las palabras *conato y tentativa*, que en nuestro sentir tienen idéntico valor y análoga significacion, prescindiendo por completo de la de *atentado*, porque ni su valor gramatical en uso, ni su sentido jurídico toleran la aplicacion para expresar los delitos imperfectos. En Francia es admisible jurídicamente la equivalencia de las frases *attentat* y *tentative*, pero en el uso vulgar, la primera viene empleada para calificar un delito enorme, que tanto puede comprender la *tentativa* como el *consumado*. (Véanse, Nicolini, *de la tentativa* § 53 y 54; Ortolan, *Elementos de derecho penal*, § 1.035 y 1.036; Tolomei, *Derecho y procedimiento penales*, § 1.217 y 1.218 con sus notas correspondientes). Tambien la ciencia jurídica italiana usa de la palabra *reato* admitida como equivalente á la de delito desde que el Código napolitano le dió carta de naturaleza, cuya palabra suena ya alguna que otra vez entre nosotros, en lábios de personas autorizadas y competentes, haciendo paulatinamente su camino con provecho de la más clara y propia expresion científica, por más que aún no resulte admitida como corriente en nuestras leyes. (N. del T.)

§ 3.°

Pero á las veces, áun existiendo la *voluntad dañada*, que se inclina á violar la ley; aunque por virtud de su impulso la mano ó cualquier otro órgano humano comienzan los actos externos, que por su misma índole ó por la direccion que les imprime el agente han de producir la violacion dicha, el curso de estos actos se interrumpe ó llevado al extremo, no se produce el efecto perturbador del derecho hácia el cual propendian los actos mismos del agente. Cuando esto acontece, no cabe sostener la existencia de un *delito perfecto*, porque la lesion de la seguridad no se verificó y el derecho amenazado no resulta ofendido. En tal caso solo existe la tentativa.

§ 4.°

La *tentativa* de delito se llama *conato*, porque su esencia la constituye un *esfuerzo (conatus)* de la voluntad acompañado de un *esfuerzo del cuerpo*. Alciato (1) dice

---

(1) Creen algunas escuelas contemporáneas, que debe distinguirse entre *tentativa* y *conato*, atribuyendo á la primera denominacion un sentido más lejano del fin y refiriendo á la segunda los actos más próximos. Semejante distincion no la hemos aprendido de nuestros maestros, ni tampoco atinamos á descubrir la utilidad que reporta. Pero de todos modos, y respetando agenas opiniones, creemos servir á la claridad usando de ambos términos como sinónimos. Creen otros que la fórmula de Alciato antes referida, se contrae á expresar que el *conato*,

con toda prevision: *conatus in itinere crimen in meta.* Nada más propio y comun del hombre que el esfuerzo: nuestra vida desde sus comienzos hasta el fin es una cadena no interrumpida de ellos. Pero si el concepto abstracto de la tentativa, como cosa connatural al hom-

---

en su extricta significacion, opuesta á la del *delito frustrado*, exige como requisito la interrupcion de los actos; así que cuando el agente ha hecho por su parte todo lo necesario para conseguir su propósito criminal, sin realizarlo no obstante, desaparece la nocion del *conato* para dar cabida á la del *delito frustrado.* Esto es un error en absoluto, porque, como despues demostraremos, áun aquel que ha ejecutado completamente todos los actos que se propuso, todavía puede ser reo de *tentativa* y no de *delito frustrado* cuando los actos por él pensados y ejecutados hasta su término y sin interrupcion no llegasen al fin propuesto, por ser *insuficientes* de suyo para alcanzarlo. Es, por lo tanto, un error pensar que Alciato pretendiese exponer la doctrina contraria mediante su fórmula; es absurdo pensarlo, porque no conociéndose en aquellos tiempos la nocion del *delito frustrado* como ente jurídico diverso de la *tentativa* en sentido extricto, mal podia aludir aquel jurisconsulto á semejante distincion, que por otra parte habria llevado á enseñar la no punibilidad del delito frustrado. El equívoco recae sobre la palabra *meta*, que se quiere tomar en sentido *subjetivo* cuando evidentemente Alciato la usó en sentido *objetivo*. La *meta* á que va el culpable no está en realizar el acto, que, segun su idea, es el último en la série que constituyen las operaciones por él pensadas, no; la meta del agente está en conseguir aquel efecto, que constituyendo la violacion del derecho por él atacado, representa la *consumacion* del delito. Hasta que no ha conseguido tal efecto, al cual la nocion jurídica del maleficio por él intentado atribuye los caractéres de *delito consumado* ó perfecto, el delincuente está siempre *in itinere*. Está *in itinere* en cuanto á la objetividad jurídica del delito, aunque verdaderamente sea reo de delito frustrado. Tal es la exacta significacion de la fórmula clásica de Alciato, ideada para distinguir el delito perfecto de la tentativa, mas no ésta del frustrado. Transportando aquella fórmula á este último punto de vista, se falsea el concepto de ella y se abre franco paso á errores perniciosísimos.

bre, fácilmente se comprende y define, no sucede otro tanto con el concepto de la *tentativa* como ente jurídico. Todos los actos mediante los cuales un hombre, por efecto de pensamiento preconcebido, procura realizar un fin determinado que despues no logra, son *tentativas* en el sentido natural, pero no siempre lo son en el jurídico.

§ 5.°

¿Puede la ley penal ocuparse en las tentativas? ¿Dónde está la razon política de imputarlas á su autor? La ausencia de *daño inmediato* y de toda violacion *efectiva* de derechos, podrian autorizar la duda acerca de la falta de razon para castigar la *tentativa*, porque derivándose el fundamento político de la imputabilidad de ciertos actos del *daño material* que producen, si este daño cesa en el *conato*, parece que tambien deberia cesar la imputacion, pero no es así.

§ 6.°

A la razon de penar derivada del *daño inmediato*, que cesa en las tentativas, se sustituye la razon que nace del *riesgo corrido*: ésta hace las veces del *daño* y la accion constituye delito, aunque falta la fuerza física *objetiva* y tambien aunque resulta incompleta su fuerza física *subjetiva*.

§ 7.°

Esta idea es la base de toda la doctrina sobre la ten-

tativa criminal. Si bien no tenga que deplorarse un suceso *dañoso*, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve á la vista de una voluntad injusta que dió comienzo á actos encaminados á conseguir aquel mal propósito é idóneos para realizarlo; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repeticion no es fácil prever, salvó á la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado. La tentativa, que pone en *peligro* la seguridad, produce un *daño político*, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel á cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna.

§ 8.°

Entiéndase bien, que al hablar de *peligro* ó *riesgo*, se trata del *riesgo corrido*, no del *meramente futuro* ó por correr: la confusion de estas dos ideas nos llevaria á consecuencias falsísimas. El *peligro futuro* ó meramente *ideal* no puede aceptarse por sí solo como razon legítima de castigar. Si así fuera, se llegaria á penar la *mala intencion criminal* y áun las *inclinaciones depravadas*, y destruyendo los límites entre la moral y la ley positiva, confundiríanse las atribuciones del magisterio penal con los oficios elásticos de la policía, y se transtornarian los cánones más evidentes de la imputabilidad política. Cuando en esta materia hablamos de *peligro*, nos referimos á un riesgo, que en un momento dado *existe verdaderamente* como *hecho*, no á un peligro de mera prevision.

§ 9.°

Es de advertir además, que, segun la opinion de muchos doctores admitida en algunas legislaciones, la *tentativa* sólo debe ser imputable cuando se contrae á *graves* y *atroces delitos*. Siendo leve el daño en los delitos menores, áun tratándose de los consumados, más ténue será, por consiguiente, el daño mediato que nace del simple riesgo. Por manera, que segun esta regla, no sancionada por el Código toscano, las tentativas de delitos leves quedan impunes. Tal era la máxima que prevaleció en el derecho romano y se mantiene en el derecho francés (1).

§ 10.

Pues si en la idea del peligro radica la razon de castigar la tentativa, como es de evidencia que un riesgo por grande que sea, jamás iguala en gravedad al mal efectivamente realizado, piden de consuno la lógica y la justicia, que la tentativa áun llevada á su último límite, no sea imputable como equivalente al delito consumado. Esto seria igualar en la balanza de la justicia un *peligro* á un *daño* real y efectivo y se comprende sin esfuerzo, que semejante equiparacion repugna.

---

(1) El Código español, así el de 1850 como el reformado en 1870, establece el principio general, aplicable á todos los delitos, de la punibilidad de las tentativas: art. 3.° (N. del T.)

§ 11.

Agréguese á todo ello, que la diferencia existente entre el *peligro* y el *daño inmediato* del delito perfecto, no se compensa con un aumento de *daño mediato*; sucede lo contrario: ora se considere el mal ejemplo que se ofrece á los malvados, ora se atienda al espanto de los buenos ciudadanos, es cierto que uno y otro tendrán menor importancia en la *tentativa*.

§ 12.

La tendrán en el primer caso, porque no estimula á delinquir el fracaso de los esfuerzos del mal apetito, que se queria satisfacer, el cual, sin embargo, es objeto de pena, aunque benigna. La tendrá en el segundo, porque siendo menor la consternacion no acalorada por la piedad que inspira la víctima, poderoso excitante para conmover los ánimos, se modera tambien con la confianza en la Providencia, que oportunamente destruye los propósitos criminales.

§ 13.

A estas razones se agrega la consideracion política de que si la ley equiparase en la pena la tentativa al delito consumado, faltaria á su mision de defensa social, cuyo reparo destruye por sí solo cualquier duda. La ley que igualase en la imputacion la tentativa con el delito con-

sumado, vendria á engendrar en el ánimo de aquel cuya mala accion se frustró una tendencia á reproducir sus esfuerzos y á recomenzar la obra. Esta tendencia derivaría de la circunstancia característica de serle en todo caso aplicable el *máximum* de pena por la tentativa en que no prosperó. De esta suerte tambien, la renovacion de los actos punibles despues de la tentativa y la consumacion del delito, quedarian en cuanto al reo sin *represion*. Del mismo modo, despues de una *tentativa*, la víctima amenazada quedaria sin defensa de la ley penal enfrente de aquel malhechor; todo lo cual es por extremo evidente si se considera que cuando la ley dice al autor de tentativa: te castigo lo mismo que si hubieses consumado el delito, equivale ni más ni ménos á decirle estotro: no te castigaré por los nuevos esfuerzos que intentes, aunque con ellos llegues á la realizacion de tus malos propósitos (1). Lo impolítico de este concepto re-

(1) Nos parece que este argumento del autor, á fuerza de querer probar mucho, no prueba todo lo que aquel se propone. Si en la determinacion de la tentativa entrase un acto dimanado de la voluntad, que volvia atrás en el mal emprendido camino, acaso la razon expuesta tuviera algun valor. Pero no es así ciertamente: la tentativa se produce por el advenimiento de un accidente ageno á la voluntad del criminal, extraño de todo punto, que choca con ella y la quebranta. Por otra parte, la razon no admite que un criminal se proponga cometer tan sólo *tentativa de delito*, no; el criminal concibe, resuelve y procura consumar un delito. Pero como las acciones humanas no dependen únicamente de la inteligencia que las piensa y de la voluntad que las resuelve, sino de los medios que se empleen y sean necesarios para realizarlas, de aquí la posibilidad del fracaso en ellas. Pues de admitir sin restriccion el razonamiento del autor, parece admitirse á la vez la posibilidad de ese fenómeno anómalo é improbable, á saber: que un criminal se proponga tan sólo cometer tentativa de delito. (N. del T.)

sulta tan á las claras, que causa singular sorpresa hallar hombres doctísimos y discretos legisladores, que mantienen la idea de la equiparacion.

§ 14.

Ni cabe objetar, que cuando el malhechor ha puesto en juego todos sus medios para violar la ley, si por efecto de la casualidad contraria no consigue el fin maligno que se proponia, encuentra en la minoracion de la pena una ventaja inmerecida. La objecion desaparece, no sólo ante las consideraciones políticas arriba expuestas, sino por efecto de las más simples y naturales de justicia. Desde luego sabemos, que en los delitos no se castiga la *mera intencion* perversa, sino el *acto externo* acompañado de aquella. Luego un acto externo seguido de sensibles efectos tendrá siempre mayor importancia, que cualquier otro del cual no deriva daño alguno; por consiguiente, la desigualdad en la respectiva imputacion no contradice á los preceptos de la justicia distributiva. Y pues que la fortuna tiene tanta parte en los sucesos humanos, tampoco repugna que la tenga tambien en la responsabilidad de las acciones criminales. Además, si la desgracia de un daño mayor producido, sin intencion de causarlo de tal entidad, perjudica al reo porque aumenta su responsabilidad por motivo del mal producido, aunque sin intencion, es de justicia que la fortuna le favorezca cuando, defraudadas sus previsiones, se ha originado un hecho ménos lesivo que aquel hácia el cual propendian sus actos (1).

---

(1) Durante algun tiempo prevaleció la doctrina de la equipa-

§ 15.

Tenemos, pues, establecidos estos dos principios: 1.° El *riesgo ó peligro* corrido por la sociedad en el caso de una tentativa, es razon suficiente para imputarlo políticamente. 2.° La imputacion de la tentativa, sin embargo, no puede equipararse á la del delito si el

---

racion por interpretar falsamente el derecho romano, el cual creíase que igualaba en la pena la tentativa con el delito perfecto. Pero el derecho romano de modo alguno lo estableció como regla. Así lo demuestra hasta la evidencia Nicolini en su *disertacion sobre el conato*, que nada deja por desear. Mas la autoridad de Cujas (*observ.*, *L.* 15, *c.* 25), y el espíritu feroz de las Ordenanzas vulgarizaron la doctrina de castigar con igual pena la tentativa y el delito consumado en los delitos atroces, cuya doctrina, apoyada por Rousseau de la Combe (*trat. de asuntos criminales*, *pág.* 88); de Jousse (*de la justicia crim.*, *t.* 2.°, *pág.* 499), y de Vouglans (*las leyes crim.*, *lib. I*, *tít.* 4.° § 7), se consignó en el artículo 2.° del Código penal francés de 1810. Siendo de notar, que la influencia de este Código, estendida mediante las bayonetas imperiales á otros países, propagó dicha doctrina áun fuera de Francia, como se deduce del escrito de Faider *De conatu*.

En general, sin embargo, la opinion contraria prevalecia en la Germania, ya por la inteligencia más recta del derecho romano, ya á causa de la ambigüedad de las disposiciones de la Ordenanza Carolina, art. 178, la cual, aunque hija de su tiempo, era mucho más benigna que las Ordenanzas francesas. Véanse Carpzovio, *par.* 1.ª, *questio* 21, *núm.* 41; Kress, *in c. c. c.*, *pág.* 667; Coceyo, *disc. de actibus imperfectis*, 5, 4, § 8; Leyser, *medit sp.* 602; *m.* 4; Binkersoek, *obs. jur.*, *c.* 10, *l.* 3; Puttman, *elem. jur. crim.* § 32; Philips, *de conatu*, § 5, *ad.* 7; Koch, *inst. jur. crim.*, § 89. En Italia contra la autoridad de Julio Claro, *praxis*, § *finalis*, *quæst.* 92, prevaleció la doctrina contraria á la equiparacion, la cual poco á poco ha venido agrandando su imperio en Europa. Volveré á ocuparme en este punto con más extension cuando trate especialmente del delito frustrado.

resultado hubiese correspondido á la intencion. Esto nos lleva por la mano á dos diversas consideraciones en la presente teoría.

§ 16.

El principio de que la *tentativa* puede ser *imputable*, obliga al criminalista á estudiar sus caractéres constitutivos, para conocer cuándo existe ó no aquella en sentido jurídico. El principio de que la tentativa ha de imputarse siempre en menor grado que el delito consumado, nos conduce á determinar las reglas segun las cuales, conviene modelar esta disminucion de penalidad.

CONSIDERACION PRIMERA.

CUÁNDO EXISTE LA TENTATIVA.

§ 17.

Para conocer cuándo existe la *tentativa* es indispensable apreciar sus elementos constitutivos, procediendo en ello con método analítico, á fin de determinar en su consecuencia la definicion.

§ 18.

Sabemos que en el *delito perfecto* la *fuerza moral*

deriva de la *intencion*, así como la *fuerza física* procede del *acto externo perjudicial.* Tambien en el *delito imperfecto* su *fuerza moral* nace de la *intencion*, pero en la *tentativa* falta el *efecto dañoso* que la convertiria en *delito consumado*; y como las funciones del *daño* se representan en la tentativa por el *riesgo*, se deduce lógicamente, que en relacion con el peligro que corrió el derecho de ser violado ó sea en consonancia con el *acto externo peligroso*, se determina la *fuerza física* de la tentativa ó sea su elemento *material.*

§ 19.

Buscar la *tentativa* en el mero riesgo inherente á la posibilidad de un acto, sin direccion intencionada hácia el daño, fuera tanto como llevar la imputacion civil más allá de los límites de la imputacion moral y poner la justicia al servicio de una especulacion de falsa política.

§ 20.

Hallar la *tentativa* en la mera intencion, aunque firmemente resuelta, á causar un daño, sin la realidad del *peligro* de este daño inherente á la posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intencion, tomando únicamente el principio moral como fundamento de la imputabilidad política.

§ 21.

Estos dos elementos diversos presentan la *tentativa*

con dos distintas fases, que nos llevan á estudiarla bajo dos puntos de vista tambien diferentes. Aspecto *objetivo*, en cuanto se aprecia la tentativa en la *intencion* del agente dirigida á un fin determinado criminal, cuya intencion supera al resultado obtenido. Aspecto *subjetivo* en cuanto se estima la *tentativa* en el *acto externo*, que constituye su ejecucion. Bien sé que estas dos palabras, *objetividad, subjetividad*, son usadas por los ultramontanos en diverso sentido y con frecuencia confuso: por mi parte doy la preferencia á la nomenclatura de Nani, Carmignani, y en general de los italianos: «El exámen de la tentativa conduce la mente á dos diversas consideraciones: la una que aprecia en el ánimo del atentante (1), no el estado de la intencion (la cual siempre se supone directa y perfecta), sino el fin á que se dirige; la otra que valúa los medios con que su cuerpo, convertido en instrumento del ánimo, emplea como idóneos para alcanzar el fin. La primera consideracion puede llamarse *objetiva* y cabe aplicar á la otra el dictado de *subjetiva*; nomenclatura de la cual, aunque se haya abusado con frecuencia, es la más adecuada y significativa para expresar el doble procedimiento de la teoría de la tentativa criminal.» Así lo asienta Carmignani en su *Teoría* (vol. 2, pág. 311), dividiendo despues la consideracion subjetiva, segun que mira al *sugeto activo*, esto es, al *atentante*, ó mira al *sugeto pasivo*, ó sea la cosa ó per-

(1) Usamos de esta palabra impropia, segun el sentido gramatical y jurídico que entre nosotros tienen las frases *atentado*, *atentar* (véase nota 1.ª, al inicial del § 2), porque no hallamos otra más adecuada para expresar el concepto. Entiéndase, pues, que al decir atentante significamos aquí el autor, el agente de la tentativa. (N. del T.)

sona sobre la cual recaen los actos constitutivos del delito.

§ 22.

Los ultramontanos usaron á veces de esta nomenclatura (1) en sentido diverso. Lo que Carmignani llama *sugeto pasivo*, ellos lo consideran como *objeto* de la tentativa; esto es, que segun aquellos, la investigacion *objetiva* se refiere á la víctima designada, á la cosa que ha de robarse, etc.; mientras que esto, á tenor de la fór-

---

(1) No exceptúo entre ellos á ciertos modernos como Ortolan (*Elem. de Der. penal, párrafo* 536 *y sig.*), al cual respeto como uno de los más exactos entre los franceses. Sin embargo, nuestro autor confunde el *paciente* con el *sugeto pasivo* del delito, lo que á mi juicio no siempre acontece: por ejemplo, en el *hurto*, el *sugeto pasivo* es la cosa hurtada; el paciente es el *propietario*. Ortolan viene á establecer que un hombre puede sufrir un delito ó en su *cuerpo*, ó en su *moral* ó en sus *derechos*. Pues sólo en el primer caso el paciente se identifica siempre con el sugeto pasivo, porque interviene como parte material para constituir el sugeto del delito, cuyo *objeto* constante es el derecho violado. En el segundo puede ó no darse esta identificacion, y en el tercero, de ordinario no se presenta, porque la ofensa á una persona en sus derechos (derechos *reales* ó de *crédito*, como especifica el ilustre profesor), se realiza comunmente fuera de la *presencia* de la persona ofendida y sin que ella represente ninguna parte material en la accion, que constituye el *sugeto* criminoso, Luego en estos casos el poseedor del estado, de la cosa ó del crédito en cuyo daño cede el delito, será el *paciente*, pero el *sugeto criminoso* se completará *pasivamente* á causa del título destruido, la casa incendiada, el objeto sustraido, el documento falsificado, etc. Solo que cuando semejantes actos se consuman con violencia sobre la persona ó con engaño, el *paciente* del delito será, además, *sugeto pasivo.*

mula de Carmignani constituye el *sugeto pasivo*, que puede serlo de la tentativa ó del delito consumado. En una palabra, el objeto, segun el sentido de Carmignani, es una representacion *intelectual*: el fin de la accion tal cual lo concibe el agente. El *objeto*, segun los otros, es siempre una figura *material*: la cosa ó la persona sobre las cuales recae la accion.

§ 23.

De esta diversidad en la nomenclatura, nacen, al parecer, contradicciones entre las enseñanzas de los unos y de los otros, que en realidad no existen, y á una materia de suyo abstrusa y difícil, se agrega el obstáculo derivado de la ambigüedad del lenguaje. Pero como este es un instrumento tan sólo y bajo tal consideracion, siempre es preferible el que mejor sirva para el uso á que se le destina, se me permitirá seguir el adoptado por mis maestros, á mi entender el más adecuado á las necesidades de la escuela en el desenvolvimiento de la presente teoría, y el más propio á la vez para evitar funestos escollos en la aplicacion práctica de los principios (1).

(1) Además se relaciona con la nomenclatura adoptada en el *Programa*, pues la tengo por la más exacta y la que más satisface á la claridad en la exposicion de las doctrinas penales. Véase allí, párrafo 36 y siguientes, la demostracion de que el *objeto* del delito es el *derecho* violado y la *ley* que lo garantiza, no la cosa ó persona sobre que recae la accion. La objetividad del maleficio es por lo tanto, idéntica en el delito consumado y en la tentativa, solo que en el primero el derecho atacado por el agente resulta enteramente violado, mientras que en el segundo el fin del agente se frustra y el derecho atacado no sufre completa lesion.

§ 24.

Tenemos, pues, la *intencion* y el *riesgo* como los dos elementos constitutivos del *conato*. El primero representa el elemento *moral*; el segundo el elemento *físico*. De ambos trataremos con la debida separacion.

A.—ELEMENTO MORAL.

INTENCION.—FIN.—INDAGACION OBJETIVA.

§ 25.

La *intencion*, esto es, el propósito del agente de conseguir por medio de sus actos un fin más criminal, que el acto mismo realizado, nos conduce á prescindir de lo *acontecido* para fijarnos tan sólo en lo que *debió suceder*, segun los cálculos del agente. A causa de la intencion, no sólo se hacen imputables ciertos actos, que *materialmente* resultaron *vanos*, sino que en un delito *perfecto* se prescinde de buscar el criterio de la imputabilidad en sus condiciones materiales; y cuando aquella iba enderezada á la comision de un *delito más grave*, se busca la norma para la apreciacion de su mayor gravedad, considerando que en sí no era el *fin* del agente, sino un simple *medio*. Por ejemplo, las heridas ó la fractura de una puerta (delitos *consumados* en sí mismos) pueden estimarse como tentatívas de homicidio ó de robo, y sufrir, en consecuencia, cierta desnaturali-

zacion jurídica, porque el agente los ejecutó como medios para llegar hasta el homicidio ó el robo.

§ 26.

Cuando el *hecho* se realizó (el hombre muerto, la cosa robada), él mismo revela ya la intencion del agente. Aparte demostracion contraria del acusado, la presuncion jurídica nos lleva á consignar, que quiso hacer lo que hizo, pues las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas y es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello á que aspiraba. Dado el *hecho*, la situacion es de ordinario una figura concomitante y subsiguiente en la determinacion del título.

§ 27.

En la *tentativa*, por el contrario, el hecho no existe; en su lugar se destaca el *peligro*. Pero el hecho se mide por un *efecto* real dimanado de los actos externos; el *peligro* deriva de la mera *prevision* de un efecto asequible ó no mediante aquellos. Parece, por lo tanto claro, que la prevision de un hecho no es compañera indefectible de la probabilidad del hecho mismo. En la infinita variedad de relaciones entre el mundo físico y el moral, es harto frecuente que un hombre, para conseguir un fin determinado, ejecute actos desprovistos de la virtualidad suficiente, si bien el actor acalore la ilusion contraria; así como es tambien muy comun la ejecucion de actos que pueden conducir á determinado fin, y sin pe-

netrarse no obstante el agente de esa virtualidad, dirija su actividad á dicho fin, sin presumirlo.

§ 28.

Una cosa es, que un acto *externo* lleve en sí la virtualidad necesaria para producir un efecto dado y otra muy distinta, que el autor de ese acto *preveyese* ó *quisiese* realizar tal efecto. Del hecho se puede deducir una presuncion de voluntad; de la posibilidad del hecho sólo puede derivarse una voluntad probable.

§ 29.

Dedúcese de lo expuesto, que el elemento *moral* del *conato* requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podia causar tal efecto, luego su ejecutor tenia la intencion de producirlo. Derívase, además, de todo lo dicho, que en el *conato* la *intencion* debe ofrecer caractéres particulares, no exigidos en el delito ordinario. De aquí se desprenden dos afirmaciones importantes: la intencion en la tentativa ha de ser *directa* y *perfecta.*

§ 30.

1.° Ha de ser *directa.* No basta para constituir *tentativa* la intencion indirecta, entendiendo por ella la *indirecta negativa*, porque la no direccion de los medios, cuando la direccion existe en la voluntad, no altera las

condiciones *intrinsecas* de la intencion, resultando siempre los caractéres del *dolo*. Esto es de intuitiva evidencia. En los hechos producidos por *culpa*, la sociedad no reclama el castigo de una voluntad *perversa*, sino de una voluntad *imprudente*, que dejó de calcular todas las consecuencias posibles de los actos á que propendia. Pues la sociedad no tiene derecho á exigir el castigo de esos actos imprudentes, sino en cuanto á causa de ellos se haya de deplorar un hecho perjudicial: la violacion de un derecho. Cuando el resultado fué inocente y el ánimo no propendia al daño, falta toda base para reclamar la aplicacion de una pena.

§ 31.

En el delito consumado funda su derecho á castigar sobre el daño real, y áun cuando en la voluntad del causante se encuentre alguna razon de escusa (la simple omision, la imprevision), el derecho materialmente violado debe ser objeto de cierta satisfaccion. En la *tentativa* se funda la razon de castigar sobre la intencion de violar la ley, intencion defraudada por la fortuna ó el acaso, pero causa no obstante, de un peligro real. Luego cuando faltan el efecto dañoso y el ánimo de infringir la ley, la sociedad no puede considerarse ofendida, ni por el hecho ni con la intencion y carece de derecho alguno para exigir un castigo.

§ 32.

En la tentativa no se imputa el mal causado, por-

que no existe, sino el que se ha querido causar. Pero si acusándome de *culpa* afirmais que no *queria causar mal alguno*, ¿qué me imputais? El grado de imputacion en la tentativa ha de medirse por la entidad del derecho á cuya violacion se dirigen los actos. Si estos no tendian á la violacion de derecho alguno, el cálculo de la imputacion sólo dará un resultado negativo: negativo es el dato del hecho; negativo el de la intencion: de dos cantidades negativas no puede, en verdad, resultar una positiva.

§ 33.

Decir: se ha intentado hacer lo que ni se *preveia* ni se *queria ejecutar* es, en las condiciones ordinarias de la vida, un imposible lógico. *Tentativa* de delito por *mera culpa* resulta un contrasentido jurídico (1).

---

(1) Hé aquí un punto de vista de inmediata aplicacion á nuestros preceptos legales vigentes. El Código penal (artículo 3.°) castiga en general la tentativa sin exceptuar sobre delito alguno de los que define y pena. El art. 581 castiga los de imprudencia temeraria, esto es y apelando al lenguaje técnico antiguo, los dimanados de mera *culpa*, no de *dolo*. Ahora bien; segun estos preceptos generales del Código, ¿cabe apreciar la existencia de una *tentativa* en el delito de imprudencia temeraria? Pongamos un ejemplo: un cochero conduce á la carrera el carruaje por la vía pública, contra lo determinado por los bandos de policía; á causa de esta imprudencia atropella á un transeunte y le causa la muerte ó una lesion. Este es el caso propio de la imprudencia, en el cual concurren todos los elementos exigidos por la ley: *culpa*, no *dolo*; *hecho* que ejecutado dolosamente (con malicia) constituiria delito. Pero acontece que la culpa se dá, esto es, el cochero marcha voluntariamente á la carrera por la vía pública; el transeunte es arrollado y cae,

§ 34.

Algunos ultramontanos pretendieron, sin embargo, sostener lo contrario é imaginaron el extraño caso de la tentativa derivada de culpa (véanse Winsinger *de dolo et culpa, cap.* IV, § *4*; Lelievre *de pœnarum adœqua-*

---

y en el mismo momento de caer un tercero lo separa bruscamente, ó se lanza á los caballos, los sujeta y contiene. ¿Existe tentativa? Legalmente, atendida la generalidad con que los preceptos están concebidos, sí: el agente interviene con el grado de intencion y de voluntad, considerados por la ley como suficientes para determinar el delito de imprudencia temeraria; ha dado principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores; no practica todos los que debieran producirlo por una causa ó accidente, extraño á su propio y voluntario desistimiento: luego todos los elementos componentes de la tentativa coexisten aquí. La intencion perfecta y directa en cuanto cabe, segun la índole del delito; los actos exteriores, que dan principio directamente á la ejecucion; el accidente ó causa extraña á la voluntad del agente, obstatorio á la consumacion. Verdad es que el art. 599 castiga como reos de faltas á los que corriesen caballerías ó carruajes por las calles, paseos y sitios públicos con peligro de los transeuntes ó con infraccion de las ordenanzas y bandos de buen gobierno; pero este precepto, por su misma generalidad, no alcanza justamente al caso concreto descrito, y la cuestion á nuestro juicio, queda en pié. La jurisprudencia, que sepamos, no la tiene resuelta todavía, y de esperar es que si llega á presentarse, los dictados de la razon y de la justicia prevalecerán sobre el criterio legal, que por su concepcion demasiado vaga y genérica es ocasionado á una aplicacion extremadamente rigurosa y grave. Conveniente seria, por lo mismo, que el precepto aplicable á las faltas (art. 5.º del Código), se estendiese á los casos que, bajo el supuesto anterior, pudieran reputarse como de tentativa y áun de delito frustrado en la imprudencia temeraria. (N. del T.)

tione, pág. 15 y siguientes, y los demás allí citados); pero examinando sus argumentos resulta claramente el sofisma. Comienzan por asentar una proposicion general: la sociedad tiene el derecho de amenazar con pena, no sólo á los actos que efectivamente violan el derecho, sino á aquellos que lo ponen en peligro de ser violado; y cuando la pena existe preventivamente en la ley, su aplicacion es siempre justa. De aquí pasan á demostrar la proposicion particular, esto es: ciertos actos cometidos por mera imprudencia ó sin intencion maligna, ponen en peligro la seguridad. Prescindiendo de dirigir nuestras observaciones á la primera proposicion, ¿cuál es la conclusion lógica á que conduce el anterior silogismo? Evidentemente no nos lleva á admitir una tentativa sin intencion, sino á establecer la legitimidad de prohibir y reprimir ciertos actos de los cuales deriva inminente peligro para la seguridad individual, aunque no se cometan con fin depravado. Pues la punibilidad genérica de tales hechos no se asienta respecto de algunos dentro de sus verdaderos límites, porque se consideran como transgresiones de policía y no como verdaderos delitos, justamente por la falta en ellos de índole criminosa. Así en los pueblos cultos se prohibe la carrera rápida de los coches, la explosion de armas de fuego y cosas semejantes en la vía pública, aunque de ellas no se siga daño alguno: de tal manera se provee al peligro resultante de todos esos hechos, en los cuales, sin embargo, se funda por los contrarios la necesidad de admitir la *tentativa culpable* de lesiones (1). Pero á semejante ilógica conclusion no se llega-

(1) Téngase en cuenta nuestra nota al § 33, y además no se

ria aun cuando otro medio no hubiese para proveer á la seguridad, sino asentando la ley sobre una repugnancía y si esta induce falsedad, es además inaceptable, que la pena radique sobre una base errónea. Mucho ménos puede admitirse tal resultado, cuando la necesidad no lo demanda y cabe conjurar suficientemente el peligro de esos casos, tomándolos como *hechos consumados* en sí mismos.

§ 35.

No es posible dudar, por lo tanto, acerca de la primera proposicion: la tentativa exige *intencion directa.* Y es tanto más imposible que la tentativa *culpable* deba sériamente admitirse en derecho penal, cuanto que se tiene ya por cierto en la doctrina comun de los criminalistas, que tampoco se admite en los hechos de *dolo indeterminado (dolus indeterminatus, determinatur ab exitu)*(1). Por consiguiente, si el que pensando causarme un mal, pero no proponiéndose matarme, me ha inferido una ligera lesion, no debe ser imputado de *tentativa de homicidio,* por la circunstancia de que era *posible* y se *podia prever* como resultado del hecho mismo que subsiguiese mi muerte; es igualmente absurdo encontrar

---

olvide que el autor llama *tentativa culpable* á la que nace de *culpa* en contraposicion al *dolo,* distincion muy conveniente, pues en nuestro modo usual de hablar, aunque no técnico, consideramos la tentativa *culpable,* como si digéramos *dolosa,* con *perfecta intencion y malicia.* (N. del T.)

(1) Véase mi leccion sobre el dolo, opus. vol. I, pág. 306.

tentativa donde no concurren el dolo y el ánimo directo de dañar.

§ 36.

2.° La *intencion* ha de ser *perfecta* para que exista la tentativa. Esta segunda proposicion se controvierte hoy por algunos autores, que dudan de su exactitud, especialmente entre los modernos. La opinion que excluye la tentativa en el caso de dolo con ímpetu, se mantiene por Rossi (1), Nani (2), Carmignani (3), Lauria (4), Giulani (5), Puccioni (6), Romagnosi (7), Pizzoli (8), Romano (9), Jenull (10), Mittermaier (11). Parece inclinarse á la contraria Roberti, pero si se pretende limitar á casos extremos la regla de este escritor, no se vaya á convertir en regla la limitacion, como algunos proponen con sobrada ligereza.

---

(1) *Traité de droit pénal*, chap 32.

(2) *Principi di giurisprudenza criminale*, § 108.

(3) *Elementa juris criminalis*, lib. I., § 231.

(4) *Esposizione delle leggi penali*, part. I, cap. 11, nota 1.ª *in fine*.

(5) *Istituzioni di diritto criminale*, ed. de Macerata, lib. I, cap. 5.°, § 1.°, pág. 122.

(6) *Saggio di diritto penale*, lib. I, tít. 7.°, pág. 82.

(7) Cuando Romagnosi (*Genesi*, § 294) definió el delito frustrado, una *esecuzione ragionata* (ejecucion razonada), mostró con entera claridad el presupuesto de la reflexion serena no admisible en el ímpetu, en la cólera. *Nihil interest* (Sen. exc. de mor.) *inter iratum et insanum nisi dies.*

(8) *Studii sulla teoría del conato punibile*, pág. 105.

(9) *Istituzioni di diritto criminale*, vol. 1, pág. 122.

(10) *Commento al códice penale austriaco*, part. 2.ª, pág. 237.

(11) *Scriti germanici*, vol. 1, pág. 278.

§ 37.

Recordemos que los términos de esta cuestion se contraen únicamente á los casos de *dolo de cuarto grado*; esto es, del que reune los dos caractéres de *instantáneo* y por efecto del *dominio* de una ciega pasion (1).

§ 38.

En los actos friamente premeditados, en los deliberados, en los de resolucion momentánea no excitada por ciega pasion, cesa todo motivo de excluir la tentativa; porque la voluntad del agente, el *tiempo* para reflexionar, el *sosiego* del espíritu para calcular, permiten la ordenacion de una série de operaciones con tendencia á un fin determinado y explícitamente previsto, diverso del que se realizó. Pero cuando faltan al agente el intérvalo de tiempo para deliberar, el sosiego para calcular las consecuencias de los actos en que se compromete, se niega comunmente por los criminalistas que pueda aplicarse la nocion de la tentativa. La razon es más bien *psicológica* que *jurídica*.

§ 39.

Jurídicamente tenemos el elemento *moral* de la ten-

(1) Véase mi leccion ya citada sobre el dolo, opús. vol. 1, pág. 299.

tativa de un delito cuando se supone la intencion directa de realizarlo. Pero psicológicamente se niega, que á un ánimo agitado por vehemente pasion pueda atribuírsele en las resoluciones instantáneas una voluntad definidamente encaminada á fin diverso del conseguido. La pasion quita el conocimiento; la rapidez de la accion no da lugar al cálculo; se obra por ímpetu del ánimo conmovido, sin parar mientes en el resultado de lo que se ejecuta. En una palabra: la distincion entre acto empleado como *medio* y efecto querido como *fin*, implica un raciocinio incompatible con el ánimo perturbado por la pasion del momento.

§ 40.

El hombre irritado ó amedrentado, que se apodera de un arma en medio de su ira ó del pavor, asesta golpes por efecto del sentimiento que le agita; hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, ó si esta idea cruza por su mente, no es como un efecto que absolutamente se proponga conseguir. En tales condiciones, el *hecho* debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único dato en donde la justicia encuentra *certeza*.

§ 41.

Cualquiera que haya observado las operaciones de un hombre á quien la cólera agita ó embarga el temor, y le ha visto destruir objetos preciosos, para él muy caros, maltratar á personas amadas, ofenderse á las

veces á sí mismo, ha de convenir forzosamente en que no es compatible con tal estado de ánimo el concepto de un cálculo director de los movimientos del cuerpo hácia determinado y concreto fin.

§ 42.

Pero suponiendo que alguna rarisima vez, áun el dominado por ciega cólera, pueda darse cuenta á sí mismo de la idea concreta de causar la muerte al adversario y propender á ello, todavía sostengo, que si semejante lucidez en la prevision y tan explícito querer, podrán en casos muy contados, madurarse bajo el imperio de la pasion ciega, el juez, sin embargo, no tendrá un criterio suficiente para llegar á la certeza. Como los actos exteriores del hombre enfurecido, de *ordinario* son *irracionales* ó aparecen extraños al *cálculo,* no cabe sostener con seguridad, que en un caso dado, en la herida por ejemplo, deba verse un *medio* y no un *fin.* Y por lo mismo, es preferible aceptar una regla, que nos lleve á castigar con menor pena un caso excepcional entre ciento, que renegar de aquella, exponiendo á la justicia á sancionar para los noventa y nueve casos restantes mayor pena de la merecida. De los actos se puede deducir la voluntad del hombre que *razona,* pero en quien no razona este criterio es falaz. Cuando el juez lo adopta procede á sangre fria, y de sus propios cálculos deduce tambien los del hombre que obra fuera de sí: semejante aplicacion de la propia prevision es lógicamente viciosa, porque se funda en la equivalencia de dos estados diversos; esto es, la tranquila situacion del juez y el estado de impetuosa turbacion en que el agente se hallaba,

lo cual conduce al sofisma de aplicar á casos *diferentes* un raciocinio *igual*, que resultando falaz en la mayoría de los casos, convierte la sentencia en pura fantasía.

§ 43.

En donde viene aceptado por la jurisprudencia el principio de la inadmisibilidad de la *tentativa* para los casos de ímpetu ó pasion, nadie abriga dudas sobre la suficiencia de la represion. Por el contrario, si se admite que en los actos ejecutados bajo el imperio de violenta cólera es aplicable la nocion de la *tentativa*, no ocurrirá lesion causada con arma de fuego, á la cual por una induccion del juez no sea aplicable el título de *conato de homicidio*. La clase de los medios de dar muerte se sustituirá constantemente á la voluntad de producirla; se confundirán los dos elementos del conato, que son y deben mantenerse esencialmente distintos; se suplirá con el uno lo que al otro le falta, contradiciendo el predicado innegable de la propia existencia de cada uno de ellos; se tendrá en cuenta la índole del acto y vendrá la discordancia indispensable sobre si el que dispara un arma de fuego quiere la muerte ó solo la lesion, ó puede querer un daño cualquiera (el que suceda), sin preferir, no obstante, este ó aquel. Tal es, en verdad, el estado del ánimo que dirige al agresor en los casos de riña: el de obtener satisfaccion de una ofensa recibida ó rechazar una agresion; satisfaccion ó repulsa que se alcanzan con cualquier daño causado al adversario, sin pensar por eso en su muerte, de la cual no tiene deseo, ni á ello le mueve un interés especial, que no se satisfaga con el mal menor.

§ 44.

A semejante confusion conduce el raciocinio por medio de ejemplos. Si el ejemplo se redujese al caso en que la muerte de la víctima era la consecuencia necesaria é indispensable de los actos del culpable, admitiria de buen grado la interrupcion de la regla, no á causa de una especial prevision del agente, sino porque la naturaleza del hecho, cuando de suyo es medio tan sólo de un fin determinado, no tolera distincion alguna entre voluntad encaminada al *medio* y voluntad enderezada al *fin*. Pero si esto puede asegurarse raras veces en el delito frustrado, no por ello cabe aplicarlo á la simple tentativa.

§ 45.

Así Roberti ideó el caso de un hombre airado, que arroja á su adversario desde la altura de una torre, en lo cual se da la circunstancia de que el único efecto posible del acto, aparte un milagro, es la muerte. Pues bien; como la consecuencia de aquel *solo puede* ser *una*, es de necesidad atribuir al agente la intencion de conseguir su único efecto posible. Igualmente respecto al hombre, que, dirigido ó no por la cólera, puso fuego al campo de su enemigo para vengarse, es preciso atribuirle el propósito de incendiar, porque no conduciendo sus actos á otro efecto distinto del incendio, repugna naturalmente toda distincion entre *medio* y *fin*.

§ 46.

Pero cuando se ha pretendido generalizar tales ejemplos y áplicarlos á las lesiones causadas con cierta clase de instrumentos, ó á las heridas con arma dirigida á cierta parte del cuerpo humano, se cambia la posicíon del caso sin darse de ello cuenta, y á un ejemplo en el cual sólo era posible un efecto, la muerte, se sustituye otro en que son posibles dos: la muerte ó las heridas, cuyo último resultado parece el más probable si consultamos á la experiencia.

§ 47.

La única objecion jurídica contra esta teoría es la siguiente. Cuando el hombre ciego de cólera mata, le imputais un homicidio voluntario; luego admitís la voluntad de matar áun en el caso de víolenta pasion, y si la voluntad se admite cuando el efecto es producido, ¿por qué no admitirla cuando no se consiguió? Si el efecto se logra, la base para la imputacion del homicidio es el hecho verificado de la muerte de un hombre. Sea que el agente, áun en medio de su ira, la preveyese explícitamente como consecuencia de sus actos y por lo tanto la quisiera; sea que confusamente tendia á causar daño al adversario sin prever con claridad la muerte como consecuencia, es lo mismo en uno y otro caso. La muerte ha tenido lugar; procede de los medios puestos voluntariamente en juego para dañar al enemigo; si el

mal excedió de sus previsiones, siempre resultará responsable de él. Esta regla severa tiene su base en la probable conexion que existe entre los medios usados y el fin que se logra; conexion por virtud de la cual es responsable el agente poco previsor, y cuya razon de ser se determina por la necesidad política de una defensa proporcionada á la ofensa.

§ 48.

Pero en la tentativa no puede tomarse como base de la imputacion el *suceso*; aquella no se apoya sobre éste, sino que tiene su vida en la voluntad del agente. Pues bien; la *voluntariedad* (1) *de los medios* no es bastante para determinar el título del homicidio cuando en él no se pensaba; es indispensable la *voluntad* encaminada *directamente* al fin, y esta voluntad no se aprecia con seguro criterio en el hombre cuya mente atormentada por ciega pasion se inclina á obrar sin cálculo y sin raciocinio. El *dolo* se presenta siempre aquí *indeterminado*. Bastará para que el hecho ocurrido se repute doloso, mas no para suplir con aquel el efecto no realizado, porque aquella vaga intencion de dañar que dominaba al hombre encolerizado (aunque fluctuase entre la idea de herir tan sólo ó de matar), no puede determinarse concretamente sino por el efecto.

(1) Entiéndase bien el sentido en que el autor toma la frase *volontarietá*, que literalmente traducimos por voluntariedad, aunque la palabra castellana no exprese tan claramente la idea. Significa, pues, la frase acotada, que los medios en juego han sido voluntariamente empleados por el agente. (N. del T.)

§ 49.

Si se teme que de la aplicacion de esta regla resulte en ciertos casos de heridas acompañadas de peligro efectivo, una represion débil, fácil es poner remedio siguiendo los preceptos de la ciencia antes que conculcándolos. El *peligro* de muerte es una condicion intrínseca de las heridas, independientemente de la voluntad del agresor. Ella aumenta la fuerza física objetiva del delito y de razon y justicia es, que se acrezca la imputacion, como acontece en los casos de deformidad ó cualquier otro más grave efecto de las lesiones, pero todo esto, como consecuencia propia no más que del elemento material. Y pues el daño mayor aumenta la imputacion de las heridas, sin necesidad de que el agente lo hubiese previsto especialmente, sin el peligro más grave que una lesion ha hecho correr al agredido, debe aumentar tambien la imputacion como consecuencia del simple aprecio de las condiciones materiales, aunque el riesgo de muerte no lo hubiese previsto explícitamente el ofensor. Derivando el más de la imputacion del *peligro efectivo* ó *potencial* de una lesion, se adopta una regla verdadera y practicable. Pretendiendo deducirlo de una explícita prevision, aun en los casos en que se presenta psicológicamente imposible ó con escasa certeza apreciable, se sigue una norma falsa en abstracto y falaz en concreto, y á un criterio positivo y seguro, se sustituyen el arbitrio y la impresion, último guia en las cuestiones intencionales; de donde se siguen prácticamente el desórden y la injusticia flagrante, pues sien-

do muy varia la fuerza adivinatoria de los diversos institutos judiciales, queda en último término la más enorme disparidad en los castigos, y con ella la alarma inevitable de la conciencia pública. Un hombre en riña con otro, disparará su pistola, hiriéndole, y será castigado con algunos meses de prision por causa de las lesiones producidas, y otro, usando del mismo medio, en las mismas circunstancias y no llegando tal vez á herir á su adversario, será castigado, sin embargo, con gravísima pena, precisamente porque no habiendo causado lesion alguna no le es aplicable por modo alguno el título de las lesiones y el juez apela al de tentativa de homicidio. El público se apercibe de tales disparidades y sólo saca como consecuencia de ellas, la mayor desconfianza hácia la justicia (1).

(1) Quien ejercite el sacerdocio de la defensa por espacio de algun tiempo, experimentará y meditará sobre el espectáculo de las convulsiones en que se agita la justicia cuando, puesta en el caballete de la adivinacion de los jueces tocante á las cuestiones intencionales, se apercibe del grave riesgo que envuelve el ámplio arbitrio introducido en las legislaciones modernas para la apreciacion del conato. Pizzoli, docto jurisconsulto y célebre abogado de Bolonia, en su opúsculo sobre la *teoría de la tentativa punible*, se lamenta en enérgicas frases de los peligros que acarrea semejante arbitrio. Y téngase en cuenta, que el ilustrado escritor ejercia su noble profesion en los Estados romanos, donde ni se imaginó siquiera proponer la cuestion de la tentativa en los delitos emanados de la pasion. Allí establece como regla no controvertida, que para concebir la cuestion del conato, se exigian *deliberacion anterior y preordenacion de los medios*, en una palabra, *dolo* de propósito. Pues á pesar de esto, siente tan profundamente la incertidumbre de las conjeturas humanas cuando se atreven á escudriñar las intenciones del hombre, que reputó medio adecuado para conjurar tamaño peligro, una teoría hasta entonces no ideada, á saber: la *supresion de la teoría del conato*. El que pase la vista por

§ 50.

Nunca se repetirá lo bastante, ni se recomendará tampoco aquella verdad lógica y jurídica, que los dos elementos de la tentativa exigen cada uno de ellos demostracion especial y completa. Quien busque en la claridad resultante del uno el medio de desvanecer las sombras que se proyectan sobre el otro, razona mal y quebranta los preceptos de la justicia.

§ 51.

Es lógicamente vicioso el razonamiento siguiente: Pedro usó contra su enemigo de un arma con la cual podia causarle la muerte, luego tuvo intenciones de ma-

---

dicho opúsculo se convencerá muy luego, de que no es su pensamiento una excentricidad inaceptable, sino una idea harto séria que requiere ser meditada. Propone en sustitucion de la doctrina de la tentativa, tan ámplia hoy, la descripcion particular de los actos externos ocasionados al peligro de una violacion del derecho, actos penables segun su naturaleza con castigos proporcionados. ¿Por qué, son sus palabras, no ha de ampliarse á todos lo admitido respecto á reuniones ilícitas de personas armadas, al depósito de armas aunque sean de uso permitido, al uso de las prohibidas, á la amenaza con arma, explosion de las de fuego, al desafío, á las cartas conminatorias? Someto á la meditacion de los doctos las juiciosas observaciones del criminalista boloñés; sólo agrego, que hubiera comunicado á ellas doble energía si se hubiese encontrado con la afirmativa de una intencion determinada con preferencia á otra en un hombre, que obró bajo la instantánea perturbacion de la ira.

tarlo. Como es asimismo erróneo estotro discurso: Pedro tuvo intencion de matar, luego el instrumento empleado reunia las condiciones necesarias para efectuarlo. El vicio lógico de ambos argumentos consiste: en que se establece como *absolutamente verdadera* una proposicion general, que puede ser *relativamente falsa*. De hecho el segundo raciocinio, presupone la afirmacion general de que todos los actos ejecutados con intencion de producir la muerte, tienen el poder de verificarlo. En el primero se presupone tambien en general: que quien usa de instrumentos con los cuales puede causarse la muerte, forzosamente tiene la intencion de matar. Pues si la intuicion muestra lo absurdo de la primera proposicion, no es ménos falaz la segunda. Salta á la vista de cualquiera el error de aquellos, porque el ánimo con que un acto se ejecuta no altera las condiciones ontológicas del acto mismo. Por lo tanto, si alguna vez los tribunales errasen pretendiendo hallar tentativa en actos no idóneos para causar la muerte, porque los vieron acompañados de la intencion de matar, causa fué de este error más bien la inexacta nocion de la tentativa, que un vicio del raciocinio. Pero el error de la segunda proposicion no es igualmente perceptible, pues en la sombra que circunda para la vista humana la intencion del agente, es preciso derivarla de hechos externos y resulta muy ocasionado á equívocos el argumento. De aquí se deduce, que los tribunales, que con frecuencia pretendieron ver tentativa de homicidio en actos ejecutados sin propósito alguno directo del agente de causar la muerte, no erraron por inexacta nocion del derecho, sino á causa de precipitado y vicioso argumento.

§ 52.

Pero, si la índole del medio suple á la prevision del agente y al impulso positivo de su ánimo, las leyes no deberian hablar de tentativa, sino fijar la penalidad segun los actos exteriores, y decir: cualquiera que con propósito de dañar hiciese uso de armas, si estas fuesen adecuadas para causar la muerte, debe ser castigado como reo de homicidio imperfecto. La ciencia y las leyes no hablan así: reconocen la *tentativa* en el concurso de los medios idóneos, que constituyen su fuerza física, con la determinacion de la mente hácia el efecto más grave, no alcanzado sin embargo, lo cual constituye su uerza moral.

§ 53.

Luego el haber escogido un medio homicida prefiriéndolo á otro para atacar al mismo adversarío, podrá ser una conjetura inductiva del propósito directo de causar la muerte; pero cuando ello no es consecuencia ordinaria ó cuasi ordinaria de los medios adoptados, estos no ofrecen más que simple conjetura y seria grave yerro sustituirla á una prueba completa. Esa conjetura es de las llamadas á *posteriori*, puesto que la determinacion antecede al acto: así se dice, que conteniéndose en el hecho subsiguiente la actitud mortífera, debia serlo tambien la resolucion que le precedió. Mas cuando el medio usado, así puede causar la muerte como no cau-

sarla, es ilógico afirmar la intencion de matar en quien lo usó. Por el contrario, es de todo punto lógico afirmar: que pues el medio adoptado podia ó no producir la muerte, quien lo empleó era indiferente al efecto que causase. Puesto caso que la condicion natural del medio pudiera cambiarse en la condicion excepcional del ánimo del agente, siempre se deberia sostener que si la condicion material era incierta, igualmente debia serlo la condicion del ánimo.

§ 54.

Además, no siempre este cambio responde con exactitud. Aquella conjetura *a posteriori* supone siempre conocimiento y cálculo en el agente de las condiciones naturales del medio, lo cual no sucede en todos los casos y precisamente no ocurre en los ejecutados bajo el impulso de repentina cólera, en los cuales *furor arma ministrat* y el hombre se apodera de un instrumento con preferencia á otro, no por efecto de atencion calculada para realizar sus feroces propósitos, sino por la ocasion, que lo pone al alcance de su mano.

§ 55.

Donde interviene un acto de madura reflexion, la conjetura tendrá cierto valor, pero carece totalmente de él si aquella faltó. Con mucha frecuencia el juez, que argumenta *a posteriori* sobre las cuestiones intencionales, cae en error, pues olvida todo cuanto de fortuito puede mediar entre el acto posterior y la determinacion an-

terior. Yo he visto distinguir, por ejemplo, en la tentativa de homicidio entre el uso de arma blanca y de fuego. Cuando se hiere con arma blanca, así se me hablaba, la mano dirige el golpe; se hiere como se quiere y donde se quiere: luego si la herida no ha producido la muerte, existe clara señal de que no se queria matar. Pero no acontece así con las armas de fuego, pues la mano del hombre no guia el proyectil al punto á que precisamente se quiere dirigir. ¿Cuál deberia ser la consecuencia de esta distincion? Rechazar la tentativa en las heridas con armas blancas, porque en el acto de la mano se pretendia descubrir el criterio revelador de la intencion: pero tampoco podia ser la de afirmar la tentativa en el uso de arma de fuego, porque si la incierta correspondencia del proyectil con la voluntad de quien dispara el arma, puede ser razon suficiente para tomarlo en cuenta de un resultado más grave, no es, sin embargo, buena razon para que la impotencia de dirigir acertadamente el proyectil sirva á contener fácilmente la intencion más feroz. En la eleccion de las armas de fuego aumenta la probabilidad de errar el golpe. ¿Cuál es, por tanto, el órden de ideas en cuya virtud, áun despues de hecha la eleccion de un medio, que ofrece mayores probabilidades de frustrar el propósito, se deduce, por el contrario, una voluntad más firmemente resuelta de causar el mal?

§ 56.

Acontece con frecuencia en este difícil camino, que se desdeña observar la accidentalidad interpuesta entre la determinacion y el resultado. Veráse alguno, que con

arma cargada de proyectil grueso hiere á su contrario en el pecho, y otro lo herirá en la pierna; se acudirá al argumento ideado por los prácticos, de que el sitio de la herida constituye indicio de la intencion del agresor. Pero, ¿quién responde de que por inexperiencia en el manejo de las armas no haya sucedido á ambos agresores lo contrario de lo que se proponian? ¿Quién se atreverá á asegurar, que el tiro del pecho no se dirigió á la pierna, y vice-versa? Si así fuese, resultaria que condenando como reo de mera lesion á quien hirió en la pierna, se prescinde de la verdad, si bien en pró del reo, lo cual es ménos malo: y se llegaria á condenar como reo de tentativa de homicidio á quien precisamente deseaba dar en la pierna para causar menos daño, lo cual es una deplorable injusticia. Hé aquí una eventualiadad no exteriorizada con un daño ni con un peligro mayor, que decide de la suerte de los sometidos á la justicia. En otra ocasion, por ejemplo, dos culpables mezclan en la carga proyectiles gruesos y menudos: el uno ha herido de lleno al adversario, pero se encuentra la mezcla y se dice: si hubiera tenido intencion de matar no habria cargado con proyectiles menudos. O algunas postas pudieran haberse mezclado con los perdigones por incuria del vendedor y sin saberlo el acusado. Pero á causa de esta duda se rechaza toda idea de tentativa de homicidio y se procede con acierto, porque las dudas han de resolverse siempre en pró del reo. Entre tanto, el otro culpable no ha herido de lleno á su víctima; trémulo el pulso, vacilante el ánimo, la descarga no ha causado heridas; se reconocen el sitio, los árboles, las paredes cercanas y se encuentra una bala, la única acaso de la carga: véase, véase se dice, la presencia

del proyectil grueso en el arma; los prácticos enseñan que el proyectil grueso es indicio de intencion homicida; los peritos aseguran unánimemente que un disparo con aquel proyectil puede ocasionar la muerte: luego éste es reo de tentativa de homicidio. Por mi parte, formularia una proposicion general, que librase la conciencia judicial de semejantes embrollos.

§ 57.

La conjetura *a posteriori* no es guia seguro sino cuando se refiere á un resultado *necesario* ó por lo ménos *ordinario* del hecho. Pero, ¿la muerte intentada por medio de arma de fuego es el producto, no diré *necesario*, sino meramente *ordinario* ó más probable de la explosion? La estadística criminal muestra, que entre cien procesos por heridas no resultan acaso cuatro de homicidio; la estadística de las batallas, donde se pelea con armas más mortíferas, enseña que el número de los heridos supera con mucho al de los muertos. Luego si en las armas de fuego hay la posibilidad de causar la muerte, el hecho de producirla es, sin embargo, excepcional y el ménos frecuente. Pues si tomando pretexto de un medio, que podia causar la muerte, áun cuando era lo más probable no la produjese, se deduce que el agente queria darla, chocamos con el contrasentido de unificar y hacer convergentes los dos principios opuestos, derivados de las condiciones del medio y de las condiciones del ánimo.

§ 58.

El criterio menos falaz, y acaso apodictico para cerciorarse de la intencion del agente, se deriva *a priori* y sobre todo de la *causa de delinquir*, y es seguro, por que se apoya sobre una base lógica. Si el agresor tiene por objeto casarse con la viuda de la víctima, inutilizar un testimonio, apoderarse de una herencia, en una palabra, realizar un propósito inasequible sin la muerte del agredido, recurra á las armas de fuego ó á las blancas, al plomo grueso ó al proyectil menudo, debemos estar tranquilos en cuanto á la intencion más depravada, pues de no apreciarla, casi tendríamos que suponer un propósito estúpido en el agente, una contradiccion interior consigo mismo. Si antes del hecho, el culpable, no por jactancia ó fanfarronería, sino con tendencia séria, manifestó querer la muerte del enemigo, tambien podremos tranquilamente atribuirle intencion homicida. Pero cuando en los antecedentes se nota un deseo incierto, inclinado ora á la muerte, ora á las lesiones y luego se ven empleados medios, que si podian producir aquella no era seguro que la causasen, entonces hay incertidumbre y vaguedad en cuanto á la intencion, y en ese caso el juez de conciencia debe rechazar la adivinacion funesta y dar entrada á la regla de que en la duda ha de presumirse la intencion ménos depravada y preponderar la opinion más favorable al acusado. Nunca me cansaré de deplorar la ciega precipitacion y aun diré la audacia, con que algunos, arrastrados por fatal hábito, afirman dogmáticamente sobre las

intenciones de un acusado por medio de cálculos y razonamientos, que tal vez jamás cruzaron por la mente de aquel infeliz.

§ 59.

La regla sostenida por algunos como precepto jurídico de derivar de la naturaleza del arma, de la clase del proyectil ó de la direccion del golpe la *presuncion* de un propósito homicida, constituye verdadero abuso de doctrina. Proceden, es verdad, de los prácticos estos criterios reguladores en la cuestion del ánimo; mas ¿por qué los idearon? Sin ocuparse apenas de la tentativa aplicaron estas reglas á los casos de homicidio consumado. Pero en el homicidio consumado el *título* lo constituye el hecho; resulta positivamente que un hombre privó á otro de la vida; el título, por lo tanto, es irrecusable: hay un homicidio. Las cuestiones que despues nazcan se contraen á la *forma*. Se dudará si el matador debe responder por razon de dolo ó de culpa; si ha de admitirse la falta de intencion ó si puede y debe sostenerse la *premeditacion*. El criterio jurídico viene luego á discernir las diversas condiciones *formales* de la prevision ó imprevision del efecto perjudicial en el primer caso; de la prevision con voluntad *determinada* ó *indeterminada* en el segundo. Ahora bien; obligado el juez, cierto ya de un *hecho*, á examinar la *prevision* del agente para definir la forma del título, es indudable que aquella deberá referirse á la posibilidad de prever, y ésta á la relacion ontológica más ó ménos directa de causa á efecto, todo lo cual es perfectamente lógico. Porque en último término obra aquí el criterio de la necesidad ad-

misible en derecho penal hasta tanto que la defensa no demuestre lo contrario; esto es, que quien quiere el medio desea el efecto, si este se produce. Pero en la tentativa, el hecho no determina el título de homicidio, porque el hombre vive; el título aquí ha de construirse enteramente sobre la base de la intencion. No se trata de la mayor ó menor posibilidad de prever un resultado *obtenido*, sino de la *voluntad* enderezada á un *fin no conseguido*, y en este terreno las presunciones *a posteriori* carecen de valor. Una cosa es que, por vía de presuncion, se ligue un hecho cierto á la voluntad de quien lo causa y otra muy diversa, que por via de presuncion se pretenda derivar la voluntad decidida á procurar una realidad que no se produce, contraria á la que tuvo lugar. Puede decirse al homicida: has debido prever el efecto causado, porque en la naturaleza de los medios puestos en juego estaba el producir lo que han producido. Pero no cabe decir al que hiere: has procurado preferentemente la muerte á la lesion, porque debiste prever que la muerte podia ocurrir. Con este último modo de discurso se va desde la presuncion de *posibilidad*, que es *incierta*, á la afirmacion de la voluntad, que debe ser *cierta*; y una posibilidad no realizada se equipara á otra acontecida por arrancar el título de la base real y transportarlo á la ideal. Pocas veces son idénticos *poder* y *deber* en los efectos jurídicos: lo son cuando se juzga de la relacion de un hecho sucedido con la moralidad del agente, que fué su causa; no lo son cuando se quiere afirmar la divergencia entre el hecho realizado y la intencion del agente. La presuncion derivada del sentido comun nos lleva á afirmar, que cada uno *ha querido hacer lo que ha hecho*. Si se trata de fortificar esta presuncion para com-

batir la escusa de falta de intencion, la *potencia conocida* del acto ejecutado y del medio puesto en juego será útil; mas para destruir esta presuncion y en su consecuencia imputar al que es reo de lesiones el título de homicida por la intencion, no sirve lo mismo. Es ilógico, que un argumento útil para convalidar una presuncion de buen sentido, lo sea igualmente para repudiarla. Se requieren razones más fuertes que las de mera posibilidad, pues de ésta sólo otra posibilidad puede derivarse: ó es indispensable la necesidad de la relacion entre medio y fin que se invalida á causa de un accidente imprevisto, como en los casos del veneno ó de arrojar á un hombre desde una torre elevada; ó, por fin, se hacen precisas otras conjeturas ó revelaciones del ánimo, que se contraigan á precedentes, ó aparezcan en la relacion de causa á efecto como motivos para estimular la voluntad más depravada.

§ 60.

En los actos ejecutados por impulso instantáneo de la cólera hay deficiencia absoluta para todo criterio derivado de los precedentes. La causa de ofender nace súbitamente y por lo comun no guarda proporcion con la muerte de un hombre. No se dan la ordenacion del cálculo ni la preparacion de los medios: la cólera hace su explosion y la herida se causa; hé aquí todo. El elemento intencional se hace derivar, por lo tanto, del hecho: se construye únicamente sobre el criterio material de la accion, cuyo fin es la incógnita que se trata de despejar. Se confunde, en una palobra, el elemento intencional con el material, aunque éste no conduce al primero por una

necesidad ontológica. Así viene á determinarse la tentativa con uno solo de los dos elementos, cuando ambos deben concurrir simultáneamente á formarla.

§ 61.

Véase, pues, cómo despues de todo las cuestiones intencionales, apreciadas sólo por el criterio de esta conjetura, se convierten en verdaderos billetes de lotería. Tengo, en suma, por cierto el segundo requisito, sin ocuparme en si decia bien el tribunal de Florencia cuando resolvió, que en el dolo nacido de ímpetu no puede determinarse tentativa segun la ley penal toscana ó cuando decidió todo lo contrario. Los derechos constituidos y la jurisprudencia fluctuante ó no, que interpretan un estatuto penal de cualquier país, no alteran los principios de la ciencia. Concluyo, por lo tanto, sosteniendo que el elemento *moral* de la tentativa consiste en la intencion *directa* y *perfecta*.

B.—ELEMENTO FÍSICO.

ACTO PELIGROSO.—INDAGACION SUBJETIVA.

§ 62.

El *peligro* desempeña en la tentativa la funcion del *daño inmediato*. Así como el *delito consumado* no exis-

te si falta el daño, así la *tentativa* deja de producirse donde el *peligro* no resulta.

§ 63.

En ciertos actos, sin embargo, puede dejarse de calcular el peligro por un doble motivo. Porque *no medie* tal peligro y entonces desaparece el conato por *defecto* de la fuerza física, ó por resultar un *daño* efectivo ó potencial, que sobrepuje á la consideracion del peligro, y entonces tambien falta la tentativa por causa de exceso.

§ 64.

Defecto de la fuerza física dcl conato. Para decir que en ciertos hechos se dió un *peligro* y por lo tanto que hay *tentativa*, es indispensable que ellos representen un *principio de ejecucion*. Solo desde el momento en que con cualquier acto externo se acomete la empresa de violar el derecho, puede considerarse verdaderamente comenzado al estado de peligro de aquel derecho. Hasta este punto habrá temor, aprehension, pero no otra cosa.

§ 65.

De lo cual se derivan dos principios: 1.° Para la tentativa es indispensable un acto externo de ejecucion. 2.° Este acto externo debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal. De aquí las diferentes consecuencias exclusivas de la nocion del conato (por defecto

de su fuerza física) en algunos casos en que muchos pretendieron hallarlo.

§ 66.

Dedúcese del primer principio: 1.° Los *meros pensamientos* no pueden calificarse de conatos; sabemos ya que la ley civil no se viola con el pensamiento solo. Sin acto externo no puede haber delito; luego sin acto externo tampoco puede haber tentativa. Y donde al pensamiento criminoso siga únicamente su manifestacion, esto no es, sin embargo, un principio de ejecucion. Ni cabe sostener, como algunos han pensado, que esta regla tiene excepciones en los delitos de imprenta. En estos no se castiga el pensamiento anárquico, inmoral ó anti-religioso como un *principio* de *ejecucion* de un ataque al trono, al altar, ó de un delito á que el escrito excitó á los demás, sino como un delito consumado, cuya fuerza objetiva radica en la difusion de la idea subversiva; el daño se causa á la sociedad con la posible corrupcion de los ánimos.

§ 67.

2.° No constituyen *tentativa* las amenazas, si bien vayan acompañadas de *gestos*, cuando estos no se dirigen á comenzar la ejecucion del delito, sino á expresar únicamente la intencion de cometerlo. Aquí no sólo falta la fuerza física del conato, porque el *acto externo* considerado en sí mismo, no es un comienzo de ejecucion criminal, sino que falta tambien el elemento moral, pues

no es cierto que quien amenaza tuviese verdaderamente el ánimo de pasar á la ejecucion. Si las amenazas, cuyo daño consiste en el temor causado, se castigasen como tentativas, se llegaria al absurdo de dejarlas impunes cuando constase la intencion de no efectuarlas (1).

(1) Lacointa, en su meditado estudio *De la criminalité morale et legale, Tolosa,* 1863, se expresa á este propósito del modo siguiente: «Sin embargo, ¿no seria legítimo, y esto bastaria, que el hombre al cual nos referimos pudiese ser aprehendido y castigado con una pena menor? La manifestacion formal sin equívoco, pública sobre todo, de la voluntad de cometer un crímen, expresada por una frase áun exagerada, como tantas que se escapan al hombre, ¿no deberia ser castigada con una pena, si bien leve, cuyo objeto fuese penar la amenaza considerada, no ya como una de las fases del crímen resuelto, sino como un delito *sui generis,* consumado y extraño á todo otro término ulterior? En puro derecho, esto seria tan legítimo como útil.» Hasta aquí la opinion del sábio criminalista francés conforme precisamente á la mia, la cual se resume en esta fórmula: la *voluntad de delinquir* manifestada por medio de amenazas, de instigaciones, ó de conspiracion, no constituye tentativa y sólo puede castigarse como delito *sui generis,* como hecho subsistente por sí. Esto así, me ha causado sorpresa leer en dicho escrito las palabras siguientes: «Nos admira, que criminalistas justamente estimados (Sr. Carrara, op. cit., pág. 2 y sig.) sostengan, que el poder humano no tiene derecho á castigar, ni interés en perseguir la resolucion perversa más cierta y mejor probada.» He vuelto á leer la tercera edicion del escrito, á la cual se refiere Lacointa y en verdad, que no he logrado encontrar la frase objeto del reproche. Mis discípulos saben, por otra parte, que siempre he enseñado: 1.° Las *amenazas* constituyen un delito contra la libertad personal, políticamente imputable áun cuando no vayan acompañados de acto alguno. 2.° El acuerdo criminoso de voluntades debe castigarse como hecho especial. 3.° La instigacion á delinquir es punible, pero en cuanto á este último punto disiento de alguno de mis colegas; pues mientras hay quien sostiene que debe castigarse la instigacion aunque se encamine al delito más leve y otros no la crean punible, yo pienso que lo es tan sólo cuando se dirige á la perpetracion de delitos atroces.

§ 68.

3.° No son tentativas las conspiraciones criminales: las ideas, aun comunicadas por medio de la palabra entre dos malvados; la voluntad, si bien encaminada con deliberado propósito en el concierto realizado entre varios malhechores, no deja de ser una *simple idea, una simple voluntad.* La palabra no es un acto externo, que *comienza la ejecucion* de un homicidio, de un estupro, de un incendio. El acuerdo criminal y tambien el mandato, la instigacion y la sociedad para delinquir, pueden imputarse como delitos de por sí subsistentes, pero no como *tentativas,* porque quien manda á otro ejecutar, no ha comenzado aún la ejecucion del delito que se propone.

§ 69.

Dedúcese del segundo principio: 4.° Que no son tentativas los actos meramente *preparatorios.* Podrán representar en el ánimo del agente un *comienzo* de la operacion criminal deliberada, mas no debe reconocerse en ellos la única y exclusiva direccion hácia el delito.

§ 70.

5.° No son conatos los actos que carecen de *idoneidad,* tanto *subjetiva* como *objetiva.* La falta de idoneidad, llamada por Carmignani *subjetiva,* (unos la dicen ***abso-***

luta, otros *abstracta*) es la que acompaña al sugeto activo de la ejecucion, siquiera sea para constituir el sugeto pasivo. La falta de idoneidad designada por Carmignani como *objetiva*, la nombran unos *relativa*, otros *concreta*. Esta no acompaña constantemente á ciertos actos, sino que se verifica en la *relacion* de un *fin especial* y de *otro* no. Así, por ejemplo, pueden los peritos decir, que la cantidad de veneno suministrada no era suficiente para matar á aquel á quien se dió, por considerarlo de constitucion especialmente robusta, pero que habria podido dar muerte á otro hombre de constitucion ordinaria: esta es falta de idoneidad *relativa, concreta, objetiva*, derivada del *fin especial* á que tendia el agente, que era el de dar muerte á aquel atleta. Esta falta de *idoneidad* no basta á excluir la idea de la tentativa, porque apreciado en *abstracto*, en *absoluto* ó *subjetivamente* el medio puesto en accion, era *idòneo*. Por el contrario, pueden declarar los peritos, que el veneno no podia matar á un hombre de *fuerte* constitucion, pero bien podia matar al hombre á quien se quiso suministrar, porque era de tierna edad ó de complexion débil. Véase cómo el medio ha perdido el carácter de falto de idoneidad, que, considerado abstractamente, podia presentar y se ha convertido en idóneo por relacion al fin á que en concreto se dirigia. En el primer caso el peligro existia en abstracto y faltó por el caso imprevisto de la constitucion excepcional de la víctima. En el segundo el peligro existe realmente.

§ 71.

En ambos hay *tentativa*, porque el acto externo pre-

senta un grado de peligro suficiente á constituir la fuerza física. Cae en error gravísimo una moderna escuela alemana al pretender, que aun no siendo el medio idóneo, así en abstracto como en concreto, hay siempre tentativa punible políticamente hablando. Este sistema va directamente á castigar la *mera intencion* y contradice el principio político del derecho penal, trayendo á la ciencia bajo el nombre de sindicato moral el religioso, que originó por mucho tiempo larga série de errores subversivos de toda libertad civil.

§ 72.

He dicho la *tentativa* y aquí empleo la palabra en oposicion á delito *frustrado*, pues áun admitida la distincion entre *falta de idoneidad absoluta y relativa*, no podria esta regla aplicarse al delito frustrado sin una nueva distincion regular, como despues demostraremos.

§ 73.

Algunos entienden esta teoría de la falta de *idoneidad* de tal modo, que sin darse cuenta de ello la destruyen. Hay quien piensa, y me duele mucho verlo sostener en sério, que la falta de idoneidad excluye la *tentativa* sólo cuando era *conocida* por el agente. Es este un error palpable, en el cual se cae por haber leido en las instituciones de Carmignani, que la falta de idoneidad debia ser *objetiva*, sin comprender el sentido de la frase usada por tan distinguido maestro y traduciéndola, ignoro con qué criterio, por el significado de falta

de idoneidad conocida del agente. Segun estos, el que suministró azúcar con el propósito de envenenar evade la imputacion de la tentativa sólo cuando conocia que los polvos por él preparados eran sustancia incapaz de causar la muerte. Si pensaba erróneamente, que el azúcar bastaba para matar ó que los polvos eran arsénico, es reo, al decir de ellos, de tentativa de homicidio, aunque aquella sustancia constantemente y en relacion á cualquier indivíduo no fuese idónea para ocasionar la muerte. Pero el error resulta evidente advirtiendo, que si se supone el conocimiento de la inocencia del medio, desaparece por necesidad la *intencion* de alcanzar el fin. Cuando el agente emplea un medio, conocidamente incapaz de causar la muerte, ó debemos suponerlo en estado de locura, ó será forzoso reconocer, que no abrigaba aquella intencion. El conocimiento de la falta de idoneidad del medio, destruyendo por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin, hace desaparecer en tal hipótesis la tentativa por falta de *intencion* y no por falta de idoneidad; cesa por ausencia de fuerza moral, no por defecto de fuerza física. Hé aquí por qué yo digó, que la regla de la falta de idoneidad se destruye enteramente al entenderla de aquel modo.

§ 74.

La regla de la falta de idoneidad es subsistente de por sí. La falta de idoneidad constituye la cesacion del elemento material del *conato* y por lo tanto del conato mismo, por defecto de peligro. Supone el concurso pleno del *elemento moral* la intencion depravada positivamente, dirigida á conseguir el fin criminal, la cual no puede

existir si quien emplea el medio no lo juzga capaz de realizar el hecho que resueltamente desea. Bajo este supuesto, la regla de la falta de idoneidad obra su efecto jurídico destructor de la nocion de la *tentativa* y la destruye, no por la carencia de la voluntad, sino por causa de faltar el peligro. De este principio, expuesto como superior en la teoría, se deduce, que donde el peligro cesa queda sólo la intencion depravada, porque el acto externo privado de idoneidad se considera como inexistente ante la ley social, y la nuda voluntad no acompañada de daño ó de peligró, no se puede castigar pór la justicia humana.

§ 75.

Conviene, no obstante, advertir, que cuando se trata de tentativa, la falta de idoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los precedentes. Si despues de una série de actos capaces encaminados á conseguir un fin criminoso, se sigue otro falto por completo de idoneidad y áun destructor de la idoneidad de los primeros, como aquella série de actos idóneos precedentes constituye ya una tentativa punible, el último acto no idóneo no hace desaparecer la tentativa realizada. El error que se produjo en la inteligencia del agente, llevándolo á ejecutar el acto no idóneo, suponiendo que lo era, representa lo *fortuito*, obstatorio á la realizacion completa del hecho. Esto impide el delito consumado, pero no destruye la *tentativa* realizada, ni absuelve de la imputabilidad en que se ha incurrido, ya porque *factum infectum fieri nequit*, ya porque se constituye un proceso ulterior de la voluntad criminal perseverante. El envenenador preparó el vene-

no y se introduce en casa de su enemigo para ponerlo en la comida, pero lo echó en una vasija, que contenia una sustancia á cuyo contacto se neutralizan los efectos de aquel. Desde este momento todos los actos sucesivos, dirigidos á obtener el efecto del veneno obran sobre un sugeto activo secundario convertido en no idóneo, porque aquella mezcla *no es* ya *veneno.* Si desde el principio los actos hubiesen recaido sobre sustancia del todo inocente, no existiera el peligro y desapareceria toda idea de *tentativa* punible. Pero en el caso propuesto, se han de distinguir los actos de la primera série de los de la segunda. En toda la primera série el medio era idóneo. El malhechor adquirió el veneno, lo preparó, se introdujo en casa del adversario, se aproximó al hogar donde se cocía la comida y lo puso en ella. En esta série de hechos el medio resulta idóneo porque era un veneno eficaz. Despues del acto de ponerlo en la vasija, que contenia la sustancia neutralizadora, el medio deja de ser idóneo: desde este momento la segunda série de actos no puede caer bajo la apreciacion de la justicia; son nulos, porque recayendo sobre un medio no idóneo, no ofrecen *peligro* alguno. Pero los primeros constituyen de por sí un hecho realizado y ellos tenian idoneidad y con ésta venia el peligro; pues la primera série de actos voluntarios, que presentan todos los caractéres de la tentativa no puede anularse con los sucesivos, en los cuales un *accidente* ó el mismo reo *involuntariamente* destruye el efecto de los primeros. Ciertamente, para que desaparezca el *delito frustrado* basta que la no *idoneidad* alcance á uno solo de los muchos momentos de la ejecucion del delito, cualquiera que sea el punto de su série en que ocurra, como despues dire-

mos. Pero si la *tentativa* existia ya, no deja de existir por eso.

§ 76.

Ni debe tampoco perderse de vista en el cálculo de la *no idoneidad* la consideracion del órden *cronológico* que el acto *no idóneo* ocupa en la série de los momentos de ejecucion. Ha de tenerse muy en cuenta esto para aplicar el principio, á juicio mio indiscutible y fecundo en varias consecuencias, que la *no idoneidad* antecedente *informa todos los actos* sucesivos, pero la *no idoneidad* subsiguiente *no modifica* los actos anteriores.

§ 77.

6.° Cesa el conato por el *obstáculo jurídico* á la subsistencia del delito querido. Este caso se produce siempre que los actos de ejecucion, si bien idóneos en abstracto y dirigidos expresamente al fin criminal por el agente, recaen sobre un *sugeto pasivo*, que, en sí mismo ó en sus relaciones con la *persona delincuente*, presentaba caractéres propios para destruir *legalmente* la nocion del delito querido.

§ 78.

Sirvan de ejemplos aquel, que creyendo consumar adulterio con la mujer agena, yace con la propia, ó con mujer, que sin él saberlo, era viuda; el que pensando

cometer un hurto, robó la casa propia ó la de su padre; el que introduciéndose de noche en la casa de su enemigo, le asalta en su lecho y creyéndole dormido, le sepulta el puñal en el pecho, cuando ya por muerte repentina no pertenecia al número de los vivos. En estos y semejantes casos se dá con exuberancia cuanto la ciencia exige para determinar la tentativa criminal: elemento moral en la decision de cometer el delito; elemento material en la ejecucion de los actos, que conducen á aquel fin. Pero la ley no ve adulterio en el concúbito con la mujer propia ó con mujer libre; no encuentra hurto en la sustraccion de objetos propios ó de los padres; no ve homicidio en el acto de coser á puñaladas un cadáver. Si el delito no se consumó fué á causa del obstáculo legal, que lo hacia imposible por efecto de la condicion del sugeto pasivo ó de las especiales relaciones entre éste y el agente. Pues dirigidos los actos contra aquel sugeto, lo fueron en toda la série de ellos á un fin *legalmente imposible* y por lo tanto, ni un instante siquiera se produjo el *peligro* de la violacion de la ley. Conformes nuestros maestros enseñaron, que en tal caso desaparece la nocion de la *tentativa,* caso llamado de delito imposible por *causa legal.*

§ 79

En este punto de la doctrina, ha de distinguirse si la imposibilidad legal se refiere tan sólo al *sugeto pasivo* de la *consumacion* ó se determina tambien en el *sugeto pasivo de la tentativa.*

§ 80.

Dícese *sugeto pasivo* de la *tentativa* todo aquello sobre que recaen los actos de ejecucion, precedentes á la consumacion. Dícese sugeto pasivo de la consumacion, aquel sobre que recaen los actos productores del delito. Por ejemplo: en el robo con fractura, la puerta que el ladron rompe, la casa que asalta, son el *sugeto pasivo* de *la tentativa*, porque derribando la puerta y penetrando en la casa, el robo no se consuma. Pero el objeto que el ladron toma con la intencion de apropiárselo, constituye el *sugeto pasivo del delito consumado*, pues con esa aprehension se consuma el robo (1).

---

(1) El objeto del delito no es el hombre ó la cosa. El delito, concepto esencialmente jurídico, no tiene otro objeto que la ley violada. Haciendo objeto del delito el hombre ó la cosa se pone de lado la ley *ofendida*, que es la condicion primaria del delito, sin la cual no existiria. En los delitos se castiga la ofensa á la ley, no la ofensa al hombre ó la cosa. Tan cierto es, que si se supusiese la ignorancia invencible de la ley prohibitiva, la ofensa al hombre ó á la cosa no seria posible.

Todo aquello, que materialmente constituye tal infraccion, es *sugeto* del delito. Es *sugeto activo*, el agente y los instrumentos que emplea: *activo primario* el agente; activo *secundario* los instrumentos (véase *Programa*, § 40); y es *sugeto pasivo* el hombre ó la cosa sobre el cual recae la accion. Con la accion de aquellos y con el daño de estos se ataca á la ley, último y único objetivo de la materialidad criminosa. Empleando otro lenguaje, ó es indispensable desnaturalizar la accion jurídica del delito, que consiste en la *infraccion de una ley*, ó es preciso atribuirle dos objetos, lo cual produce confusion. El hombre ó la cosa son *objeto* material de la *accion*; el *sugeto pasivo*, bajo la relacion material, será *objeto* en cuanto al sugeto activo. Pero el uno y el otro asumen el carácter de *sugeto* ante la *ley* violada, cuando no

§ 81.

Decia, pues, que la teoría del *obstáculo legal*, verdadera cuando esta se dá en el *sugeto pasivo*, ora se trate de tentativa, ora de delito consumado, no me parece justa cuando el obstáculo, que se encontró en el sugeto pasivo del delito consumado, no se presenta en

---

se consideran los actos aislados en su mera condicion de *hechos*, sino que viniendo á constituir un *delito* todo el conjunto de los elementos que concurrieron á violar la ley, se unia en su relacion jurídica con el precepto infringido. Esta alternativa de la condicion de sugeto y objeto en la cosa misma, á medida que se adelanta la accion, es por otra parte constante; y debe serlo, porque se trata de una accion que no es *absoluta*, sino puramente relativa. Por ejemplo, si se considera mientras preparo el veneno, en esta accion soy yo el sugeto, el veneno es el objeto; si despues se examina cuando me dirijo á envenenar la comida echando en ella aquella sustancia, el sugeto aquí lo constituimos yo y el veneno, el objeto la comida; si luego consideramos el acto de ofrecer la comida al adversario, aquí ya la comida es tambien sugeto, mientras que el objeto es la persona á quien pretendo envenenar. Finalmente, si se estudia este conjunto de actos, no en su mútua relacion material, sino en la relacion del todo de ellos con la ley, tambien el hombre pierde bajo este aspecto su carácter de objeto y se convierte (como se convirtieron la comida y el veneno), en sugeto de la violacion de la ley, ó sea del ente, no material sino abstracto, que se llama delito.

El *objeto* del pecado, ¿cuál es? Dios ofendido en su ley: no es la cosa robada, ni la mujer violada, sino Dios; porque la accion teológica del pecado es la de ofensa á Dios, no al hombre. Así tambien la accion jurídica del delito es la ofensa á la ley social, no al indivíduo. Luego el objeto del delito no es el hombre, sino la ley y de esta suerte, el objeto de cada delito se especializa en el fin criminoso en cuanto viola la ley.

el sugeto pasivo de la tentativa. Volviendo al ejemplo del robo con fractura, supóngase, que el ladron ha penetrado en la casa agena derribando la puerta: en verdad aquella efi accion con el fin de robar, constituye ante los principios de la ciencia y segun la práctica italiana, tentativa de robo y si el ladron fuese sorprendido en ese momento, no vacilaríamos en imputarle la tentativa. Pero acontece, que el ladron, despues de la fractura y de haber penetrado en la mansion extraña, engañado por la oscuridad ó por el silencio, en lugar de apoderarse de la cosa agena coge la propia, que se hallaba allí accidentalmente. Nadie dirá que se haya consumado un robo, pero ¿semejante accidente destruye, por ventura, la *tentativa* anterior, que era un hecho realizado y que no dirigiéndose precisamente á robar aquella cosa, tenia, bajo el aspecto de la intencion y de la posibilidad material, todos los caractéres de la tentativa punible? Paréceme que no. Este accidente, este error es el obstáculo fortuito á la consumacion del delito, porque las relaciones entre el sugeto activo y el pasivo de la consumacion produjeron impedimento á la nocion del delito. Pero ese accidente no causaba la imputabilidad de los actos anteriores; en ellos habia *idoneidad*, y al propio tiempo envolvian *peligro* actual y sin aquel afortunado accidente se habria consumado el robo. Vuelvo, por tanto, al principio antes afirmado: la falta de idoneidad en el acto de consumacion, no destruye la idoneidad de los actos de tentativa cuando ellos presentan los caractéres constitutivos del atentado punible; la falta de idoneidad del acto consumativo es un incidente, que ha impedido la efectividad del delito, pero ineficaz para hacer borrar el precedente cona-

to y la imputabilidad de él nacida. Para que el *obstáculo legal*, que reside en el *sugeto pasivo* de la *consumacion*, destruyera la nocion de la tentativa en los actos anteriores de ejecucion, seria preciso demostrar, que aquel ladron al derribar la puerta, se introdujo en la casa con el fin concreto de sustraer una cosa que creia agena y era suya. Ahora bien, dirigidos desde un principio los actos á un fin, en el cual el delito era legalmente imposible, cesa toda idea del peligro, aun en los precedentes. Pero si el ladron se introdujo con el propósito de robar otros objetos y erró casualmente, no puede decirse lo mismo.

§ 82.

7.° Análogo al anterior se presenta el caso de cesacion de *tentativa* por la *fulta* del *sugeto pasivo de la consumacion*, ó como otros dicen con ménos propiedad, por la falta de *objeto*. Los ladrones se introducen con el propósito de robar en una casa absolutamente vacía: en ella no hay más que las paredes. El tribunal de Nápoles tiene decidido, que no existe caso de tentativa de robo, pues pretendiendo robar los ladrones donde nada habia que robar, se emplearon en una cosa imposible. Por esta consideracion, muchos criminalistas de valía adoptan esta regla general: la falta de *sugeto pasivo* de la *consumacion* hace constantemente desaparecer la tentativa. El principio es verdádero y en su virtud se reputa una aberracion la sentencia de cierto tribunal superior de Sajonia, que, en 1851, condenó como reo de tentativa de aborto, á una jóven por haber tomado un abortivo pensando estar en cinta cuando realmente no

lo estaba. Sin embargo, me permito dudar de la regla segun los términos absolutos con que se formula: las razones de mi duda son estas.

§ 83.

La *inexistencia* del sugeto pasivo del delito en el lugar en que el reo creia hallarlo, puede representar el caso *fortuito* impediente de la consumacion del delito. Pero si, prescindiendo de ese accidente, los actos anteriores muestran *idoneidad* bastante á producir temor racional, ¿por qué el peligro anejo á tales actos no ha de tomarse en cuenta? Figurémonos que mi enemigo ha preparado una mina bajo mi lecho para incendiarlo cuando duerma y causarme la muerte; á la hora en que acostumbro á acostarme y creyéndome acostado, pone fuego á la mina, pero afortunadamente aquella noche me acosté en otra habitacion ó en aquel instante me levanté del lecho, quedando salvo. Si aplicamos ilimitadamente la regla antedicha, se dirá: aquí no existe *tentativa* punible por falta del sugeto pasivo. En que no haya *delito frustrado* estoy plenamente de acuerdo, pero no puedo persuadirme de la inexistencia de la tentativa. Hasta el momento de la consumacion veo una série de actos perversamente dirigidos á fin criminal y rebosando grave peligro, y en cuanto á ellos descubro una imputacion real en que se ha incurrido: no puedo creer que esta imputacion desaparezca por la precipitacion del malhechor, siempre tenaz en su mal propósito, al dar cima al acto consumativo. Este último acto fué inútil, no idóneo, y por ello es censurable que la justicia no lo tenga en cuenta respecto el criminal; pero de aquí

no se deduce, en mi opinion, que el acto con el cual llevó al extremo su mal propósito, deba purgarlo de la imputacion ya producida. ¿Y quién no ve, que se daria el absurdo de mejorar la condicion del imputado por la sola razon de haber dado un paso más en la carrera del delito? ¿Puede admitirse que un reo purgue la responsabilidad incurrida perseverando en el mal propósito y avanzando un paso más para violar la ley?

§ 84.

Creo, por lo tanto, que la regla sobre la falta del *sugeto pasivo de la consumacion* requiere todavía largas meditaciones de parte de otras inteligencias superiores á la mia (1).

§ 85.

Yo distinguiria siempre el caso en que el *sugeto pasivo* no habia existido en el lugar á donde se dirige la

(1) En el sentido de la doctrina, que la *falta* del *sugeto pasivo* excluya toda tentativa, véanse Nicolini *questioni*, pág. 617, ed. de Liorna.—Rossi, lib. 2.°, cap. 30.—Le Sellyer, I, 18.—Chaveau, vol. I, pág. 170; Bruselas, 1845, y los autores citados en la nota. —Rauter, §§ 94 á 97.—Trebutien, vol. I, pág. 93.—Montpeller, 26 Febrero 1852.—Puccioni, *Saggio*, pág. 76, y *Commentario*, vol. II, pág. 13 y 64.—En el sentido de la doctrina opuesta, derivada de la ley *saccularis ff. de extraord. criminib.*, puede consultarse la decision del Tribunal de Agen, 8 Diciembre 1849, la cual aprecia el simple caso de la *no idoneidad* de los *medios* y la decision de nuestro Tribunal de Casacion de 22 de Mayo de 1841 (*Anales* III, 1, 57). A estas mis dudas, se acerca la observacion

accion, del caso en que ha existido y debia verosímilmente existir á la hora de la consumacion del delito, pero á causa de un accidente, ó no fué hallado ó no se habia colocado en aquel. Así, si la habitacion invadida por el ladron habitualmente estaba inhabitada, vacía, el ladron se lanzó á la ventura, y en sus actos irreflexivos podrá faltar el criterio de la *tentativa.* Pero si existieron anteriormente los objetos que se proponia robar y por precaucion del dueño se cambiaron de sitio poco antes, esta casualidad ó prevision constituye el obstáculo fortuito de la consumacion, mas no puede quitar al hecho el carácter de la tentativa.

§ 86.

Exceso en la fuerza física del conato. El defecto en la fuerza física de la tentativa se determina, cuando en los actos en que se pretendia hallar *tentativa* no ha existido peligro. El *exceso* se muestra, si además del *peligro* de un daño no realizado, los actos ejecutados producen un daño presente, que, bajo el aspecto de su gra-

---

de Pizzoli en su apreciable escrito antes citado. No puede perderse de vista que en el estudio de todas las cuestiones de la *tentativa* es peligroso aceptar ciegamente como doctrina científica las opiniones de los criminalistas franceses modernos. La razon de esto consiste en que ellos fundan sus teorías sobre la viciosísima redaccion del art. 2.° de su Código de 1810, que reune, bajo una sola fórmula, la tentativa próxima y el delito frustrado, de donde esas opiniones buenas y ciertas en cuanto al derecho *constituido* en Francia, no siempre pasan como preceptos absolutos de la ciencia.

vedad política, supera y absorbe la consideracion de aquel peligro.

§ 87.

Sucede esto, si los actos ejecutados como medio directo para un fin criminal no conseguido: 1.° O constituyen de por sí la violacion completa de aquel mismo *derecho* ó de aquella misma ley que se queria conculcar con el acto final de tal manera, que la *efectiva* violacion de la ley, unida á la *posibilidad* del daño *material*, suplan á la no *realizada efectividad* de éste. 2.° O constituyen violacion *completa* de un derecho ó de una ley más *importante*. La teoría del *exceso* puede reducirse á la fórmula general de la *superioridad del medio sobre el fin*. La superioridad se derivará, ó de la importancia del derecho abstracto atacado por el medio, ó de la superioridad del bien material arrebatado.

§ 88.

En presencia del primer resultado, ocurre fijar como regla, que en los delitos de *daño inmediato universal* cuando la tentativa causó una lesion del derecho *general*, se convierte siempre en delito perfecto, aunque el agente no hubiese logrado su propósito. Así, en los delitos contra la *moral* ó la *religion* no hay más que delito perfecto ó acto inocente. No pudiendo existir la tentativa sin acto externo de ejecucion, acontece que los primeros actos externos encaminados á ultrajar la mo-

ral ó la religion, si objetivamente aparecen interrumpidos, porque el malhechor no alcanzó el fin querido (por ejemplo, no llegó á destruir, como pretendia, la imágen sagrada á la cual dirigió sus golpes)', presentan ya *subjetivamente* completa la ofensa á la religion ó á la moral, y se tienen, por lo tanto, como delitos *consumados*. Igualmente consistiendo la violacion de la ley en ciertos delitos *políticos*, en el *ataque* contra la autoridad pública del Eslado, ó los actos realizados son nada, ó si han comenzado la ejecucion empiezan tambien el ataque contra el gobierno, y muestran una violacion de la ley completa en sí misma, un delito *perfecto*. Del propio modo; en los delitos de la palabra, no pudiendo el principio único de ejecucion coexistir sino en la expresion de ciertas frases, injuriosas ó blasfemas, por ejemplo, si tales palabras no se profieren, faltará principio de ejecucion, y si son preferidas, habrá de encontrarse en ellas la completa violacion de la ley y por consecuencia, no el *peligro*, sino el *daño* efectivo. Acontece otro tanto en los delitos, que *perficiuntur único actu*, en los cuales el principio de ejecucion representa siempre el *daño* y la lesion efectiva del derecho, y por lo tanto no admiten *tentativa*. Por ello en todos los delitos en los cuales la ley pena solo el *peligro* (como la ocultacion de armas, donde esta se mantenga entre el número de los verdaderos delitos), el principio de ejecucion representa el peligro, y viene á constituir lo que basta á la ley para encontrar un delito *perfecto*. Nada importa, que el reo tuviese el ánimo de revelarlo antes y no haya podido: desde aquel primer momento existe ya la *consumada* infraccion.

§ 89.

De estos casos de cesacion de conato, forma Carmignani una tercera clase especial, en la cual, segun sus frases, desaparece la tentativa por *la índole de la accion*. Verdad es, que en ellos la causa de la cesacion de la tentativa reside en la *índole* de la accion, pero es la causa ontológica. La causa jurídica por virtud de la cual el carácter de esa accion no dá lugar á la tentativa, es en razon del exceso, pues en dichos casos se halla ya consumada la violacion de la ley con los primeros actos de ejecucion. De modo, que admitida la exactitud de ambas fórmulas, prefiero la última, porque es más simple.

§ 90.

A causa del segundo resultado, el exceso hace desaparecer la tentativa en todos aquellos hechos más graves en la relacion subjetiva, ó por lo ménos de igual gravedad que en la relacion objetiva.

§ 91.

Todas las acciones de los hombres forman continuada cadena de *medios* y de *fines*. Si se aceptase á un reo el pretexto de no haber conseguido su últlmo *fin* para reducirle la imputacion calculando la imperfeccion del delito, no quedarian términos hábiles y fuera rarísima la

aplicacion de la pena por razon de *delito perfecto*. Pocas veces, aparte los casos de venganza, el delito es fin en sí mismo. Un hombre roba á una mujer por saciar su concupiscencia; otro jura en falso para alcanzar la absolucion de un reo; otro amenaza para que se desista de un hecho; otro mata á fin de obtener la herencia; otro conspira por derribar al Gobierno; otro difama á un enemigo para hacerle perder el empleo; otro predica dogmas impíos para que se reniegue de la fé; otro falsifica para lucrarse, y no concluiria tan pronto siguiendo los ejemplos. Luego la primera violacion de la ley, segun el propósito del reo, no es más que un medio para alcanzar un bien, en lo cual puede con frecuencia hallarse una segunda violacion de aquella. El acusado dirá: yo robé la mujer, pero no sacié mi apetito deshonesto; juré en falso y no fuí creido; atemoricé, mas no se desistió del hecho; maté pero no alcancé lucro; conspiré, pero en vano; difamé y no conseguí el descrédito de mi adversario; prediqué y no hice prosélitos: si lo dejais explicarse en esta línea, no hallareis más que tentativas. La ciencia moderna combate ese procedimiento. Si el juez estuviese obligado á considerar en todo caso el *fin último* del reo para decidir sobre la existencia del *delito perfecto*, se produciria una confusion sin límites; ni siquiera fuera posible encontrar una fórmula para el conato. La ciencia, empero, distingue entre la *realizacion* del *propósito* del reo y la *efectiva violacion* de la ley. Y dada esta, encuentra, segun sus condiciones, el *delito perfecto*, aunque el culpable no haya comenzado la ejecucion de los actos ulteriores, que debian conducir á aquel. En cuanto al propósito del reo, la *operacion* es *incompleta* ó ilusoria: á los ojos de la ciencia, el delito

está *consumado*. Si las operaciones ulteriores que se proponia el reo, hubiesen violado un *derecho más importante*, el delito perfecto, que fué *medio*, se juzga como tentativa del *delito fin*, puesto que el fin *excede* en gravedad política al medio. Pero si sucede lo contrario, el delito destinado á ser *medio*, se juzga como *delito perfecto*, ora la *imputacion* del medio sobre el *fin* resulte de la *naturaleza* del derecho atacado con aquel, porque es *derecho universal*, ora si atacándose tanto por el medio como por el fin un derecho particular, la *importancia* del medio nace de la *entidad* del derecho atacado. En uno y otro caso el haber perseguido aquel fin puede agravar el delito, pero el no haberlo realizado no puede modificar el título.

§ 92.

Así la denuncia calumniosa y el falso testimonio, aunque objetivamente interrumpidos cuando no alcanzan ni la condena del inocente ni la absolucion del culpable, son delitos *perfectos*; pues dirigiéndose la ley que los veda, á proteger la santidad de la pública justicia, desde que la acusacion falsa ó el falso testimonio se producen, la violacion del *derecho universal* protegido por la ley resulta completa, la ofensa á la justicia se ha consumado y hay delito perfecto.

§ 93.

A este propósito conviene tambien advertir algo acerca de la fórmula adoptada. Al decir que la *de-*

nuncia calumniosa ó el *falso testimonio* no son conatos, se emplea una fórmula exacta. Si se dice, que en esos delitos no se *admite* conato, la fórmula es ya poco precisa, y puede originar muchos errores. Hasta la denuncia calumniosa y el falso testimonio admiten conato relativamente á ellos mismos, lo cual se comprende fácilmente.

§ 94.

Tampoco por razon de *exceso* cabe establecer tentativa de *exencion* por medio de la *resistencia* (1). La *exencion* admite tentativa cuando se procura aquella por otros medios. Pero el de resistir á la fuerza pública preséntase ya como delito *consumado* y perfecto, pues se consuma la lesion al *derecho universal*, deducida del hecho de resistir á la fuerza pública para impedir un acto de justicia, de cuyo acto el diverso fin constituye nn elemento *esencial* de la resistencia marcando la direccion de la lucha á impedir el acto de justicia. Pero no puede hacerlo degenerar en tentativa. De aquí que la resistencia con propósito de eximirse, áun cuando la exencion no se logró, debe imputarse como resistencia á eximirse, esto es, como delito perfecto, más no como tentativa de *exencion*. Esta es la opinion que siempre he tenido por verdadera, cuyo concepto me parece conforme á la disposicion combinada de los artículos 143 y 157 del Código toscano.

---

(1) El autor se refiere al delito de eludir el servicio de las armas. (N. del T.)

§ 95.

En los delitos de falsificacion de moneda y de documentos varía la nocion de la tentativa, segun el diverso principio, que se adopta como constitutivo de su importancia. El *fin* del falsificador de una moneda ó de un documento es el de engañar á otro y enriquecerse en perjuicio suyo. No puede, por lo tanto, estimarse conseguido el fin mientras la *ganancia* del reo no se verifica por el uso afortunado de la moneda ó del documento. Esto hizo pensar á algunos, que el delito de falsificacion no se *perfecciona* hasta que con la moneda ó el documento falso se realiza el despojo de otro. Pero este concepto, que hacia muy rara la perfeccion del delito en tales casos, no era aceptable en la práctica. La *ofensa* en estos delitos no debe reputarse en cuanto al patrimonio privado, sino respecto á la *fé pública*, violada mediante la *adulteracion de la verdad*, que recae sobre cosa de público interés. Cuando los hombres, para facilitar el comercio y la contratacion, inventaron la moneda y el documento auténtico, nació un *derecho universal* de todos los ciudadanos: el derecho de inalterabilidad del documento ó la moneda, porque en el círculo de los negocios todos podian ser perjudicados mediante la falsificacion. Este *daño posible* es enteramente diverso del *daño inmediato*. Existe éste en el temor por la *repeticion* del delito, y radica del todo en la imaginacion: aquel resulta del delito ya cometido y radica completamente en la *realidad*. El daño que causa el falsificador poniendo en curso la moneda falsa, perjudica á

todos inmediatamente en su patrimonio, no en la opinion tan solo. Será un daño meramente posible, pero *inmediato.* Es de interés comun respetar la *fé* debida á ciertos signos y á ciertos documentos: por eso se considera *perfecto* el delito de falsificacion, si además de la adulteracion hay un comienzo de *uso* del documento ó moneda alterados, aunque por imprevisto descubrimiento no se conseguia el lucro del reo y el detrimento de un tercero. Pero la fuerza lógica de la anterior consideracion no pára en esto. Una vez admitido el principio, era indispensable seguirlo en todas sus consecuencias. Visto, que, en esta clase de delitos, la ofensa causada á la pública seguridad con la falsificacion era más grave que el daño producido al patrimonio privado con la estorsion del dinero, debia apreciarse en la *falsificacion materialmente consumada* una ofensa *perfecta* á la ley, aunque, impedido el uso, pudiera desvanecerse la última esperanza del reo. Y es de notar, que hasta esta doctrina se funda en el exceso, en cuanto con el medio se viola un derecho superior al que resultaria atacado consiguiéndose el fin. Debe, sin embargo, repetirse aquí la advertencia hecha al tratar de la calumnia: una cosa es decir que la falsificacion consumada de una moneda ó de un documento *no sea* una tentativa, y otra, que en los delitos de falsificacion no se admite la *tentativa.* Si la fabricacion de la moneda falsa queda interrumpida cuando los actos ejecutados ofrecen el carácter de un conato políticamente imputable, tendremos sin duda una ten tativa de falsificacion de moneda. Pero si la fabrica cion es completa, el delito de falsificacion resulta *perfecto,* aunque el culpable no se haya todavía enriquecido, aunque ningun tercero haya sufrido daño en su patrimo-

nio. Otro tanto puede decirse en el caso de falsificacion de documento.

§ 96.

Finalmente, por razon de *exceso*, no se considera *tentativa*, sino *robo consumado* la muerte de un hombre cometida con el fin de robarle, aunque el robo se impida por cualquier causa despues de producida la muerte. Objetivamente considerado, el hecho se frustró; lo que el reo procuraba, su ganancia, no la alcanzó; pero considerado subjetivamente, presenta en los actos realizados como medio la consumada violacion de un derecho más importante del que se pretendia violar como fin: el derecho á la vida enfrente del derecho á los bienes. Por lo tanto, aquel acto no es un *conato*, sino un *delito perfecto*.

§ 97.

Llegado este momento, es oportuno examinar una cuestion notable, recientemente planteada, de gran interés en la práctica, á saber: si *jurídicamente* es *posible* admitir la concurrencia del título de la *tentativa* y el del *delito consumado* en una *acción misma*. Suponiendo un ladron, apoderado ya de cierta suma, y sorprendido cuando trataba de apoderarse de otra, sostienen algunos que en este caso debe estimarse la *concurrencia* del *hurto consumado* en cuanto á la suma tomada, y de la tentativa en cuanto á la otra suma que no pudo tomar. Se considerarán por tal manera como

dos conceptos distintos la idea de tomar aquella primera suma y la de apoderarse de la segunda, y se dirá: el primer objeto se realizó, el segundo no, luego tenemos dos diversos títulos de delito.

§ 98.

Otros, por el contrario, refutando esa opinion, sostienen en sentido opuesto, y á mi juicio con superior fundamento, que es indispensable apreciar el propósito por *módum unius*, toda vez que debia realizarse en una *sola accion*. El ánimo era de robar todo el importe de aquel dinero: apoderándose de la primera suma, el ladron comenzó la ejecucion de su proyecto criminal; fué interrumpido en la mitad del camino, luego se determina el título de tentativa de robo en cuanto á la *total* suma. Esta segunda opinion adquiere mayor fuerza, al considerar, si se admitiera que un acto encaminado á un fin criminal cuando constituye de por sí un *delito especial*, desempeñaba la *doble funcion* de acto consumativo del delito en sí mismo, y de acto ejecutivo del delito no realizado; por donde se llegaria á la consecuencia de castigar toda herida causada con el fin de matar doblemente: como *lesion consumada* y como *tentativa de homicidio*; que los actos preparatorios del estupro debian penarse como delitos de liviandad y como tentativas de estupro, y de la propia suerte la fractura como fractura, allanamiento de morada como allanamiento de morada, y además como tentativas de robo, lo cual es absurdo.

§ 99.

Esta opinion coincide con lo expuesto en mi *Programa* tratando la materia del delito *continuado* (1) á propósito de la distincion entre pluralidad de *actos* y pluralidad de *acciones*. Verdad es, que con sutileza podria argüirse la falta de paridad entre caso y caso, porque el allanamiento de morada, la fractura, las heridas, et cétera, son medios respecto al robo ó al homicidio, mientras que la aprehension de una parte de la suma es *fin* en relacion á sí misma y no medio para tomar la otra suma. Así, que parecia repugnante calificar de tentativa la *consecucion parcial* del fin. A pesar de ello me inclino á la segunda opinion, áun cuando en alguna combinacion práctica pueda excitar sospechas de absurda, como si por la *cantidad ya tomada* la pena del delito consumado fuese más grave, que la aplicable á la tentativa de robo de la suma total. Por donde causaria repugnancia, que el ladron debiese ser castigado con pena menor precisamente porque se proponia robar mayor suma. Tal dificultad práctica se elimina fácilmente, á mi juicio, por virtud de la regla de la *preferencia*, ante la cual desaparece la consideracion del conato cuando los actos ejecutados constituyen por sí mismos un delito más grave. Establecida esta distincion perfectamente acorde con los principios, yo aceptaria la segunda solucion del problema.

---

(1) Véase Puccioni, Código penal toscano ilustrado, vol. II, pág. 261, art. 80.

§ 100.

Pero la doctrina que pretende hallar en una sola accion los elementos de dos títulos de reato (robo consumado y tentativa de robo; adulterio consumado y tentativa de adulterio), recientemente sostenida por Glaser, no es sostenible por contraria á la justicia. De hecho, cuando al ladron se le imputa como robo consumado la aprehension que hizo de los primeros cien francos, se le constituye responsable de aquel acto de aprehension y de todos los anteriores, que lo han preparado. Cuando estos mismos actos y la consiguiente aprehension quieren aplicarse á la imputacion de tentativa de robo de los otros cien francos, que no logró tomar, es evidente, que este segundo título tiene su *elemento material* en aquellos mismos actos ya imputados y de los cuales en consecuencia se le exigió responsabilidad. La cuenta respecto á los últimos quedó saldada: es injusto, pues, considerarle nuevamente en deuda por aquel mismo *elemento material*, y no pudiendo hacerle cargo de éste porque ya se le imputó, la nueva imputacion de tentativa resulta sin *esencia de hecho*; se castiga la mera intencion.

§ 101.

No es, por lo tanto, aceptable la primera opinion por *injusta*; tampoco la segunda por *inadecuada*: es indispensable resolver el problema segun el principio de la *preferencia*. Si la tentativa de robo de doscientos fran-

cos representa en la escala penal una cantidad política mayor que el robo consumado de cien francos, deberá aplicarse el título de *tentativa* de robo de doscientos francos, y estaremos entonces en los puros términos de la tentativa, mantenida la *unidad* del propósito más injusto no realizado. Si, por el contrario, en la escala penal el robo *consumado* de cien francos representa una cantidad política mayor, que la tentativa de robo de doscientos francos, nos hallamos evidentemente en el caso del *exceso*: la pena del robo consumado salda la deuda mayor del culpable. La doctrina de la *importancia* ó *preferencia* es apodíctica en la práctica; lo salva todo; salva la verdad ontológica y salva la justicia del peligro á que pareceria expuesta siguiendo el dictado de la razon ontológica.

§ 102.

Por tal manera, recorriendo analíticamente las deducciones lógicas y jurídicas derivadas de los elementos constitutivos del *conato*, se determinan sus notas características: podemos, ahora, reconcentrando ya nuestras ideas, definir el conato (1) en estos términos: Cualquier acto externo, que por su naturaleza y en unidad conduce á un hecho criminoso y se dirige al mismo con expresa voluntad, no seguido del hecho mismo ni de la

---

(2) Carmignani definió el conato, *todo aquello que falta á la consumacion del delito*. Esta definicion fué justamente censurada (Jonge *de delictis*, *vol.*II, *pág.* 217) porque sólo expresa una negacion sin afirmar nada, cuando para conocer un ente cualquiera es necesario afirmar alguna cosa de su ser.

violacion de un derecho igual ó superior. Esta definicion no se adapta al delito frustrado, como despues veremos.

CONSIDERACION SEGUNDA.

REGLAS PARA MEDIR LA IMPUTACION DEL CONATO.

§ 103.

La tentativa es un delito *imperfecto*. Natural es, por lo tanto, la primera regla sobre la medida de su imputabilidad, á saber: el cálculo de ella debe, ante todo, buscar sus proporciones en la medida de la imputacion del delito especial que se queria realizar, si hubiese llegado á *perfeccionarse*. Esta afirmacion es intuitiva. El conato representa un *grado* en cada uno de los delitos á que se dirigia. En el cálculo de la *fraccion* no puede prescindirse de considerar la cantidad del *entero*. Al determinar, pues, la representacion del conato, al legislador no le es lícito sin riesgo de caer en error, establecer reglas absolutas; sino relaciones *proporcionales* con la represion de cada delito *censurado*. No cabe decir, por ejemplo, con fórmula absoluta: el conato se castiga con tanto de prision, sino que ha de escoger una fórmula *relativa*. Y aquí se presentan dos modos para expresar dicha relacion. O se establece como fórmula única el castigo de la tentativa con pena inferior en un cuarto, un tercio, etc., á aquella que se impone al delito perfecto, ó se prescribe tanto de cadena, si el delito con-

sumado merece la pena perpétua; tanto de prision, si mereciese la cadena temporal; tanto de multa, si merece la prision, y así de esta suerte. En cualquiera de los dos temperamentos adoptados por el legislador, resulta evidente, que obedece á la regla del relativo y busca la proporcion ordenada.

§ 104.

La consideracion actual no se dirige á establecer las reglas de la imputacion del delito perfecto, sino á indagar aquella, segun la cual ha de determinarse en la *tentativa* el grado mayor ó menor de fraccionamiento de la imputacion, que debe atribuirse al delito imperfecto, en proporcion á la señalada respecto del consumado.

§ 105.

En esta indagacion no se ha de prescindir del exámen de la *cualidad* y de la *cantidad* del conato. La primera determina el grado mayor ó menor de la *fuerza moral* de la tentativa; la segunda el grado de su *fuerza física.*

§ 106.

Cualidad. Cualidad, así lo enseña Manucci, es *aquello que hace que una cosa sea tal.* La cualidad es un atributo de todo ente y constituye su modo de existir. El conato es un *delito imperfecto*; lo que le hace ser *imperfecto* constituirá, por tanto, su modo de ser; la especie

de cada tentativa. Por consiguiente, la *cualidad* de un delito imperfecto no puede buscarse fuera de la *causa* que impide su *perfeccionamiento.* Varía, en su virtud, la cualidad de la tentativa, segun sean las causas obstatorias á la consumacion del delito.

§ 107.

Estas causas para las necesidades del fin presente pueden referirse á dos clases: *voluntarias* y *casuales.* Omito la tercera clase, que comunmente se llama causas *legales*, porque estas no crean el *conato*, sino que lo destruyen por *defecto.* No puede lógicamente llamarse *cualidad* de una cosa aquello que la priva de ser, pues la privacion de la *existencia* es la cesacion de todas las *cualidades. Cualidad* del conato es aquello, que hace cesar el *delito perfecto* y producirse la *tentativa.* Las causas *legales* hacen cesar el *uno* y la *otra.*

§ 108.

Voluntaria se dice, por antonomasia, la causa impediente de la ejecucion, que tiene su razon en un cambio enteramente espontáneo de la voluntad del agente. Para que la causa, que obsta al delito, pueda llamarse *voluntaria*, ha de proceder de un *arrepentimiento* del agente, cuyo arrepentimiento requiere la condicion de recaer sobre el *fin*, no sobre los *medios.* Y por *medios* entendemos todas las condiciones de lugar, de tiempo y de modo, con las cuales el malhechor habia preparado la ejecucion del delito.

§ 109.

Entendidas en otro sentido las causas *voluntarias*, se confunden con las *causas casuales morales* (ó mixtas), de las cuales de aquí á poco hablaremos, y que en parte derivan de una casualidad yustapuesta y en parte de la *voluntad* del agente, que por razon de esa casualidad toma la determinacion de desistir, si bien el accidente sobrevenido no le impidiese *materialmente* proseguir en el delito.

§ 110.

Sí se prueba que el malhechor desiste de la acciou porque fué visto, por juzgar inoportuno el momento ó por cualquiera otra razon, aparte la del desistimiento absoluto de la voluntad criminal, esto es, del abandono del mal fin, resulta, que no ha desistido de este, sino de los medios; ha diferido simplemente la ejecucion del hecho, pero no ha modificado el propósito. La causa, pues, que impide la consumacion no es, segun el lenguaje de la ciencia, *voluntaria*; á lo sumo puede llamarse mixta, y cae naturalmente bajo la categoría de las causas morales.

§ 111.

Casual será siempre la causa derivada de un accidente extraño el agente, no sólo cuando esa causa ejer-

ció *fisicamente* su influencia sobre el brazo de aquel, sino cuando obra *moralmente* en su ánimo, determinándole en aquel momento á desistir del delito. Si el ladron, despues de haber penetrado en el domicilio ageno, donde podia robar con seguridad, modifica saludablemente su juicio y se retira porque la voluntad se niega á cometer el robo, puede decirse verdaderamente arrepentido, y la causa de la *imperfeccion* del delito resulta *voluntaria.* Pero si aquel ladron se retiró porque entendió estar despiertos los propietarios, porque el ladrido de un perro le hizo sospechar, no puede llamarse arrepentido: la causa es *casual.*

§ 112.

Las causas casuales se subdividen en *morales* y *físicas,* distincion que creo deba entenderse del modo siguiente.

§ 113.

Son causas *físicas* las que materialmente detienen el brazo del malhechor ó inutilizan el instrumento empleado, ó interpuestas entre el sugeto activo y el pasivo impiden el hecho criminoso.

§ 114.

Son causas *morales* las que obran sobre la voluntad del agente y lo fuerzan contra su deseo á interrumpir el

curso de sus operaciones. Unas y otras son hijas del *accidente*, por la ley considerado como *independiente* del reo. La diferencia entre las causas físicas casuales y las morales tambien casuales no procede de su primer orígen; procede de su diverso modo de obrar. El orígen de las unas y de las otras es siempre exterior al culpable. Es exterior, v. g., si mientras un sicario asesta golpes á su víctima un tercero le sujeta el brazo y le obliga á desistir; es exterior si ese tercero se limita á gritar: ¡prended al asesino! y con esto le induce, viéndose descubierto, á suspender y huir. Pero en la primera hipótesis la causa exterior obra *físicamente* sobre el culpable, y de su desistimiento fué causa tan sólo la impotencia á que se vió reducido, mientras en la segunda hipótesis la causa exterior no detuvo físicamente su brazo ni lo redujo á la impotencia de proseguir y de matar á pesar de los gritos del otro: la causa exterior obró aquí moralmente sobre el culpable, y no habria bastado á impedir la muerte si aquel hubiese sido más temerario ó más feroz; de suerte, que en el desistimiento interviene como causa próxima un momento de la voluntad del agente. Momento *forzado*, y por lo tanto diverso del espontáneo desistimiento, diverso tambien del caso del *contrariado* por una fuerza exterior que impide sus actos á despecho de la injusta voluntad, perseverante hasta el último extremo. Se nos ofrece aquí la nocion diferencial entre los actos del *forzado* (*agito*, pero no *agente*) y los actos del *cohibido* (*qui etiamsi coactus tamen voluit*), y resulta clarísima la distincion entre las causas físicas casuales y las causas morales casuales, lo cual nos da pie para comprender la razon de una diversidad de grado en la imputacion respecto á los dos casos.

§ 115.

Luego la diversa *cualidad del conato,* ó sea la variedad de *causas* que lo producen, influye por virtud de un principio racional en la medida de su imputabilidad. Pide la justicia que á quien se exija cuenta del mal causado se le impute tambien el bien producido. De aquí el principio de la menor imputabilidad del *conato* cuando la imperfeccion del delito depende de la voluntad del agente.

§ 116.

Este principio se descompone en dos reglas 1.ª La minoracion llegará á su apogeo si el desistimiento se refiere *únicamente* y *en su orígen,* á la voluntad *enteramente espontánea* del mismo culpable. 2.ª Desde aquí la minoracion irá decreciendo de grado en grado en razon directa de la influencia del *accidente.*

§ 117.

Cuando la *causa* sea *voluntaria* en el sentido indicado, estaremos en el efecto máximo de la minoracion. Pero aquella, ¿llegará al término de destruir to la imputabilidad? Esta es la opinion de Desimoni y Rossi, que considero preferible á la opuesta. Carmignani osciló en este caso, y despues de haber enseñado que el *conato* no era imputable á causa del *arrepentimiento* del agente

(§ 238) pone la nota 4.ª al § 245, en donde aceptando los dictados de Boehmer y de Keimerich, sostiene, que al atentante se le debe aplicar siempre un grado ínfimo de imputabilidad, aunque los actos de su *tentativa* no hubiesen producido daño alguno y él hubiese desistido por espontáneo arrepentimiento.

§ 118.

Convengo con el insigne maestro en que, considerada la cuestion con rigor ontológico, si una *tentativa*, acompañada de caractéres que la hacian imputable, fué comenzada, el arrepentimiento posterior no la destruye pues *factum infectum fieri nequit.* Aquella tentativa era un hecho imputable: una vez comenzado, nace la deuda exigible ante la ley penal. Y así como la restitucion de lo sustraido, aunque entera y útil, no cancela el hurto consumado, la existencia de una tentativa punible no desaparece á causa del arrepentimiento espontáneo y sucesivo, aunque sea tambien útil y sincero.

§ 119.

Pero este modo riguroso de ver no es admisible en el presente caso; ya porque entre caso y caso no hay paridad de razon, ya porque los motivos políticos han de prevalecer sobre las consideraciones de rigurosa justicia. No hay paridad, pues cuando el delito se consuma existe el *daño*, existe la violacion efectiva del derecho, y esta violacion, una vez producida, no puede quedar impune. Pero cuando el atentan-

te se arrepiente de sus actos á la mitad del camino antes de haber causado *daño* alguno y de haber violado algun derecho, si no llega á destruir el hecho, destruye, sin embargo, aquello que á la sociedad interesaba impedir, esto es, que realizase la violacion del derecho. En el *conato* la razon de castigar está en el *peligro*, y la sociedad no puede apreciarlo en los atentados suspendidos á la mitad de su desarrollo.

§ 120.

Hemos indicado las consideraciones políticas que hacian preferible la opinion más benigna, pues todos sabemos que la ley penal debe encaminarse á prevenir los delitos futuros con el castigo de los pasados. Y sin reconocer en la *prevencion* el único *fin* y el único *fundamento* de la irrogacion de la pena (lo cual no admitimos), es preciso convenir, no obstante, en que esta *consecuencia* de la amenaza y de la efectiva irrogacion de un mal al delincuente, debe utilizarse siempre por el legislador discreto. De tal suerte, que si no es buena razon en el legislador castigar *tan sólo para prevenir*, lo es, sin embargo, *de no castigar*, cuando lo contrario *seria causa de delitos.* Por manera alguna es contradictorio negar á la *utilidad* el poder de *autorizar á obrar*, reconociéndole al propio tiempo el poder de *impedir* hacer lo que no podria ejecutarse sin manifiesto peligro. La *tutela del derecho* es el único fundamento aceptable de la razon de penar, porque la ley jurídica no seria ley, sino mero consejo, careciendo de eficaz sancion. El fin de la pena es tan solo el de *tranquilizar* á los coasociados, esto es, de *mantener en*

ellos la conciencia del derecho, mostrando como está garantida la ley que proteje su libertad. Pues al lado de estas dos proposiciones se ha de sostener: 1.° Que cuando la sancion de un caso determinado *pone en peligro* el derecho, aquella debe enmudecer, porque cesa su *razon de ser,* asi como conviene, que la sancion desaparezca en el caso de homicidio cometido en defensa propia, en el cual ella serviria de ayuda á la lesion, no de medio para la proteccion del derecho. 2.° Como consecuencia de lo anterior, esto es, del silencio de la sancion, cuando su *fin* cesa, resulta, que la amenaza de la pena, dando ménos tranquilidad á los buenos, los mantiene naturalmente en mayor desosiego y así decrece la opinion de la propia seguridad en lugar de aumentarse.

§ 121.

Defecto enorme y verdadero absurdo seria el de una ley penal, cuyas sanciones pudieran comunicar impulso á la criminalidad. Pues si de una parte nada arriesga la sociedad perdonando al atentante que se arrepentió, de la otra, una pena, aunque benigna, puede convertirse en causa obstatoria al arrepentimiento (1).

---

(1) No me parece exacta la observacion de Pizzoli al afirmar que la doctrina sobre la punibilidad de la tentativa interrumpida por voluntario desistimiento se corrobora con la respuesta de Ulpiano *in leg.* 65, *ff. de furtis.—Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tamen mutato consilio, id domino postea reddidit, fur est.* La inaplicacion de esta fórmula es manifiesta si se reflexiona, que Ulpiano considera el caso de un delito consumado por la efectiva violacion del derecho. En

§ 122.

Entiendo que el *desistimiento* oportuno del atentante debe eximirlo de toda responsabilidad. Digo *oportuno*, esto es, antes que los actos ejecutados constituyan de por sí un hecho dañoso, ó se viole un derecho, en cuyo caso y consumado este suceso, constituye un título especial imputable. Si Ticlo ataca á su enemigo con ánimo de matarlo y le infiere un primer golpe que lo hiere ligeramente, pero ante la sangre, ante las súplicas ó excusas de la víctima, su corazon se enternece y desiste, siempre le serán imputables las heridas causadas. Pero si la compasion lo vence antes de herir, aunque ya hubiese sujetado á su víctima y blandiese contra ella el puñal, nada debe imputársele. Análoga conclusion se deriva, no ya del caso en que la ley imprevisora pondria al ofendido diciendo al agresor: yo te castigaré, á pesar de todo, incitándolo de tal suerte á continuar, sino que tambien deriva de la regla primordial de que el *daño mediato* constituye el fundamento de la imputabilidad política de los hechos contrarios al

---

cuyos términos no cabe gestionar sobre la perseverancia de la responsabilidad penal, á pesar de la indemnizacion al ofendido. Más exacto es afirmar con Koch (inst. juris crim., § 89), apropósito de la respuesta de Paulo á la ley 19 *ad. leg. Cor. de falsis*: *suffragio justæ pænitentiæ absolvuntur*; Strykio de *jura sensuum-diss.* so, c. 6, n. 80.—Puttman *elem jur. crim.*, § 32. Debo, sin embargo, observar, que muchos escritores aconsejan el castigo porque no se habian formado claro concepto de las *causas voluntarias*, confundiéndolas con las *casuales morales*, siendo la diferencia entre unas y otras tan positiva como concluyente.

derecho, y este daño mediato lo constituyen la alarma de los buenos y el mal ejemplo para los malos. Pues el mal ejemplo en el caso de desistimiento voluntario, es verdaderamente nulo, porque supondria la *contradiccion* en la voluntad criminal; supondria, en una palabra, que uno comenzase á *hacer* para *no hacer*; supondria que otro se propusiese *cometer* un delito con la esperanza de desistir y no *cometerlo,* lo cual es absurdo.

§ 123.

Debe tenerse en cuenta, que cuando la causa inmediata del desistimiento resulta *voluntaria,* la presuncion está á favor del imputado. Así la acusacion, que pretenda sostener la falta de espontaneidad en el desistimiento, debe suministrar la prueba de la causa *fortuita* y además, que esta indujo al agente al desestimiento.

§ 124.

Volviendo á la regla segunda, no es dudoso la influencia de la voluntad del atentante, aun acompañada de espontaneidad ó de prevision, para producir efectos sensibles sobre la imputabilidad del *conato.* Tomándose el *peligro* en este, como fundamento de la razon de castigar, será tanto menor cuanto menor fué la tenacidad de la voluntad, la temeridad ó malicia del reo en preparar ó ejecutar el delito; así sobreviene la imperfeccion del delito aun á despecho del reo, por la vacilacion de éste, por su inexperiencia ó por la pre-

cipitacion de su ánimo al disponer los medios de ejecucion. Nicolini lo enseña, comprobándolo con una sentencia de Augusto referida por Suetonio, en donde cuenta que dejó en libertad á un hijo reo de tentativa de parricidio *eo quod tímida gessisset.* La causa será siempre *casual,* porque si bien la falta de éxito haya de referirse á un acto *voluntario* del reo, este acto ó fué orígen del fracaso contra sus *previsiones,* ó no fué en él enteramente *espontáneo.* Pero ello no obstante, ó la precipitacion en un caso ó el desistimiento en otro, fueron actos voluntarios; y no cabe duda, que si el delincuente hubiese sido más *precavido* ó *malicioso* en el primer caso, ó más *audaz* y obstinado en el segundo, el triste hecho se habria realizado. La imputabilidad, por lo tanto, subsistirá, quedando reducida á grado menor de aquella que debió producir la *tentativa,* si un *puro* accidente hubiese impedido la consumacion de un delito pertinazmente perseguido y preparado con toda prevision, que hacian inexplicable é impensada la fortuna de su fracaso. Véase cómo la *cualidad* de la *entativa* influye en su imputabilidad.

§ 125.

Cantidad. La *cantidad* de un entero es lo que constituye sus proporciones en *más* ó en *ménos* comparado con un ente del mismo género. El criterio de esta relacion varía segun la diferente naturaleza de los elementos materiales que se tienen á la vista en las cosas entre las cuales se establece la relacion. Así la regla de la cantidad se deriva del número, del volúmen, ó del peso, pero dependiente siempre de una idea de propor-

cion. Hemos visto que la *cualidad* en el conato se refiere á su *fuerza moral*, como derivada del grado de influencia de la *voluntad* del agente sobre el obstáculo saludable ó sobre los efectos favorables del mismo. La *cantidad* se refiere á su *fuerza física* porque depende del número y de la influencia de los *actos externos* constitutivos de la *tentativa*.

§ 126.

Un delito se compone de una série de momentos físicos, representado cada uno de ellos en un acto por medio del cual el malhechor camina hácia el fin propuesto. Cuando el curso de tales momentos se interrumpe, tenemos la *tentativa*, cuya *cantidad* resulta de la série de los recorridos por el agente en relacion con aquellos que aún le falta recorrer. Cuanto menor sea la série de los actos no ejecutados para realizar el delito, tanto mayor será la *cantidad* del conato y tanto mayor será tambien el *peligro*; por consecuencia, la imputabilidad aumentará bajo esta relacion.

§ 127.

Tal es el sentido de la distincion generalmente admitida (1) entre conato *próximo* y *remoto*, distincion fá-

---

(1) Boehmer (*medit. ad. c. c. c., art.* 178) imaginó un término medio que llamó *conatus propior*. Pero en general, los antiguos criminalistus tienen muy confusa idea sobre la nocion del conato; ora confunden el conato *remoto* con los actos *preparatorios*,

cilmente comprensible en *abstrato*, muy difícil empero de concretar. A medida que la série de actos ejecutados se acerque al acto consumativo, tanto más *próxima*, se reputará la tentativa; se dirá *remota* cuanto mayor sea el alejamiento. La *proximidad* por su naturaleza es un término relativo, pero relativo al *fin*, no al *punto de partida*.

---

ora el *próximo* con el *delito frustrado*. Entre los modernos con frecuencia influye el respeto á las legislaciones positivas. Es, pues, necesario, tener mucha cautela en la apreciacion de las doctrinas y no aceptar como principio científico la mera deduccion de una ley *positiva viciosa*. Y el *vicio* de la ley *positiva* puede influir doblemente sobre los errores de la doctrina que de ella se deriva. Ya porque la ley sea *viciosa* en la nocion del *conato*, lo cual lleva *directamente* á errores en la jurisprudencia ante las doctrinas científicas, para no serlo ante la ley, que debe interpretar y aplicar. O porque la ley sea *viciosa* en la *penalidad* por demasiado cruel, lo cual influye *indirectamente* en la jurisprudencia, llevando la humanidad de los jueces á modificar la nocion real de la tentativa para evitar la aplicacion de una pena que consideran exhorbitante. En verdad, es muy frecuente en el foro esta alucinacion de tomar como doctrina científica lo que dijeron un tribunal ó un escritor quizá con repugnancia y contra sus íntimas convicciones, tan sólo por prestar obediencia á un derecho constituido, que no es ley entre nosotros. Quien se presentase ante un juez criminal diciéndole: debeis imponer al acusado tal ó cual pena porque así lo preceptúa un artículo del Código francés, excitaria el desprecio de aquel, el cual le contestaria que no era esa la ley segun la cual deben gobernarse sus administrados. Pero cuando en lugar de poner ante el juez el precepto del Código extranjero como texto directivo de su decision, se procura ofuscar su ánimo con la acumulacion de autoridades doctrinales ó de juicios extranjeros inspirados todos en la ley especial y positiva del lugar, se comete precisamente el mismo error, aunque se disfrace con un artificio notorio.

§ 128.

Consideremos toda la línea que debe recorrer el delincuente. Partimos del *acto interno*; la determinacion de delinquir, que por sí sola no presenta elementos de imputabilidad política. Siguiendo adelante encontramos los primeros movimientos que imprime al cuerpo aquella voluntad, los cuales, faltos de *unívoca* direccion hácia el delito, no son imputables: tenemos, pues, los actos *preparatorios*. Miremos luego los actos que expresan una direccion *cierta* hácia el delito, pero que aún están muy lejos de su consumacion: este es el conato *remoto*. Marchando un poco más, hallamos que un breve intervalo los separa del delito consumado: tal es el conato *próximo*. Viene, finalmente, el acto de la consumacion y aquí, si el hecho se realiza, aparece el *delito consumado* y si no se realiza, há lugar al *delito frustrado*, si en la série de actos realizados se registran *todos* aquellos que eran *necesarios* para producir el hecho, ó tenemos el grado máximo de la *tentativa próxima* si el hecho no sucede por insuficencia de alguno de los actos necesarios para producirlo.

§ 129.

La rácionalidad de castigar la tentativa tanto más, cuanto más se acerque á la consumacion, es intuitiva; por causa de tal proximidad se acrecienta el *peligro* de la sociedad; por causa de tal proximidad se aumenta la *perseverancia* del reo en su mal propósito.

§ 130.

He notado, sin embargo, que la proximidad del conato debia derivarse del *número* y de la *influencia* de los actos constitutivos del mismo, porque el criterio del *número tan sòlo*, es falaz. Un delito puede necesitar para su ejecucion quince actos; otro puede consumarse con cinco. El que realizó diez hácia el primero, recorre dos tercios de su camino; el que sólo ejecutó cuatro del segundo delito, recorrió cuatro quintos. Si se apreciase la *cantidad* simplemente por el *número* de los actos realizados, tendríamos mayor número en el primero que en el segundo caso; pero, ¿quién se atreveria á sostener que el primero estuviese más próximo á su fin que el segundo? La *proximidad* es un término *relativo* al *fin*, no al punto de *partida*. En sustancia, para medir la *cantidad* del conato los actos deben ser pesados mejor que contados, ó hay que derivarla de un cálculo más bien negativo, apreciando el número de los actos que faltaban para la realizacion, con preferencia al de los realizados. Véase por qué he dicho, que la *cantidad* depende no sólo del número, sino de la *influencia* de los momentos recorridos.

§ 131.

Considerados abstractamente todos estos principios, parecen simples y claros. Pero, al tratar de su aplicacion, ¿podrá la ciencia establecer una fórmula que sirva de guia constante y segura? Tal es la dificultad antes

apuntada. ¿Cuál será el límite entre los actos *preparatorios* y el *conato*, entre conato *próximo* y conato *remoto*, entre *tentativa* y *delito frustrado*? A esta indagacion hemos de proceder para completar el estudio de nuestra teoría.

§ 132.

Pocas dificultades ofrece la primera parte siguiendo los preceptos de la escuela italiana. La *univocacion* (1) es la fórmula determinante del límite entre los actos *preparatorios* y el *conato*. Aunque esta regla sufra necesariamente en la práctica la influencia de circunstancias variables, segun los casos, é indefinibles *a priori* con una expresion general, suministra no obstante, un criterio suficientemente positivo en la vida práctica. La línea de demarcacion ideada por Rossi, para distinguir los *actos preparatorios* de los actos de ejecucion, lleva á destruir la diferencia entre conatos *próximos* y *remotos*, relegando todos estos á la categoría de *actos preparatorios*.

(1) No usa el autor la palabra *univocitá*, análoga en su significacion á la de *univocacione*, y por nosotros traducida por *univocacion*, en el sentido propio y gramatical que tiene, así en la lengua italiana como en la española, á saber: conformidad ó conveniencia de cosas distintas debajo de una misma razon, ó bien aplicacion del mismo nombre á cosas diversas, pero del mismo género. El sentido jurídico que el profesor Carrara dá á esta frase, igual al en que nosotros empleamos su equivalente, es el de *direccion cierta, manifiesta de los actos externos hácia un determinado delito.* (N. del T.)

§ 133.

El equívoco procede de la confusion entre actos *ejecutivos* y actos *consumativos*. Esta unificacion será exacta ateniéndose á los términos del art. 2.° del Código francés, el cual, al exigir un principio de *ejecucion* despues de la manifestacion con actos externos, evidentemente considera la fórmula actos *ejecutivos* como sinónimo de actos *consumativos*. Pero ante la verdad y el lenguaje comun científico, *preparar*, *ejecutar* y *consumar* son tres momentos distintos.

§ 134.

Quien medite atentamente cuanto ideó Rossi á fin de mantener su nueva fórmula, llega por necesidad á la consecuencia de que segun su modo de ver, el *principio de la ejecucion* no se encuentra fuera del *principio de la consumacion*, y esto impide absolutamente concebir una tentativa remota, y relega todos los actos verdaderamente *ejecutivos*, pero que aun no son *consumativos*, á la categoría de los *preparatorios*.

§ 135.

Cabe muy bien sostener, que no sea imputable políticamente el conato remoto, pero es imposible destruir su nocion. De tal suerte, al recorrer esta línea, Rossi se vió forzado á deducir consecuencias, inadmisi-

bles para la ciencia, aunque hayan de acatarse por respeto á la ley cuando derivan de una disposicion especial de ella. Aquel dice: el ladron, mientras derriba la puerta ó apoya la escala para subir al balcon, y el monedero falso cuando está en la fabricacion de la moneda, sólo se ocupan en *preparar* el delito; porque todavía, segun él, no ha comenzado la ejecucion del robo el primero, la expendicion de la moneda el segundo. Sostiene, que la *ejecucion* del robo comienza en el momento de apoderarse el ladron de la cosa y apropiársela. Consecuencias todas ellas opuestas á las reglas recibidas por la jurisprudencia. Rossi *(lib. 2, capítulo 28)*, Roberti *(vol. 3. pág. 127 y 129)*, Trebutien *(volúmen 1, pág. 96, nota 13)*, establecen como regla abstracta, que no se sale de los actos *preparatorios* mientras no comienza la violacion del derecho á cuya ofensa se dirigen aquellos. Esto, que segun mi criterio representa el paso del conato *próximo* al *remoto*, sostienen ellos, que, á las veces, constituye el paso de los *actos preparatorios* á los de *ejecucion*. El último, el más exacto de todos los citados criminalistas, apoya su juicio en el principio de la *univocacion*. Y el principio es verdadero, incontrastable, pero el error consiste en sostener que el principio de la *no univocacion*, firmísimo criterio de los actos *preparatorios* como regla *abstracta*, puede convertirse en *fórmula concreta* y traducirse en un determinado modo de obrar; de tal suerte, que la regla, de abstracta, se convierta en material y se mantenga tal absolutamente, aun cuando las combinaciones del caso práctico hicieren cesar la primera. Una cosa es decir: la fractura y el escalamiento no pueden en cierto modo apreciarse como actos de *ejecucion* del

robo, porque no existe *univocacion* por no concurrir circunstancias tales demostrativas del fin de robar y no de otro cualquiera en la fractura y el escalamiento, y otra muy distinta sostener, que siempre debe ser así, aunque se presenten en la más *clara correspondencia (univocacion)*. Entre uno y otro modo de expresion y de razonamiento existe diferencia esencial. Una regla puede ser *absolutamente* verdadera; aplicarse con justicia en ciertas condiciones á un caso *concreto*, más no por ello llegará á transformarse en regla la *aplicacion*, porque si se ofrecen casos concretos semejantes á aquel al cual fué aplicada con justicia la regla, pero en los que falte la *razon* de la misma, ésta deberá callar. Así Trebutien sostiene, que el sorprendido durante la fractura ó el escalamiento, podia tener el propósito de robar una mujer, y de aquí deduce que á tales actos falta constantemente el carácter de *tentativa de robo*. No advierte, sin embargo, que muy bien puede excluirse, segun las circunstancias, la posibilidad de cualquiera otro acto, aparte el de robar, ó que donde esto acontece, la regla concreta resulta destruida por la abstracta. Supongamos cuatro malhechores sorprendidos con carruajes cargados de barriles vacíos en el acto de derribar la puerta de una cantina, ¿podrá sostenerse que aquellos malvados querian seducir á una mujer en aquella cantina deshabitada? ¿Podrá invocarse como regla absoluta que la efraccion no guarda *correspondencia (univocacion)* con el robo, y no puede constituir tentativa? Y tampoco es cierto, que la jurisprudencia francesa autorice á tener como *regla* científica, segun pretende Rossi, la proposicion de que la *fractura* no constituye *tentativa*. No es así por dos razones: 1.ª Por-

que los tribunales de Francia no decidieron la cuestion segun los dictados de la ciencia, sino en relacion con el art. 2.° del Código, donde se notan dos especialidades. Una la de unificar en la pena el conato con el delito perfecto, de donde la moralidad laudable de aquellos magistrados les conduce á restringir notablemente la nocion del conato, haciendo buena parte á la humanidad. Otra, que el art. 2.° no estima la *tentativa* segun la *ciencia*, sino una tentativa *sui generis*, esto es, la *tentativa seguida de un principio de ejecucion*. Ahora bien, si en ciencia toda tentativa há menester dê un *principio de ejecucion*, es claro que segun el concepto del Código francés, el *principio de ejecucion*, requerido como condicion ulterior además de la *tentativa*, no es aquella ejecucion suficiente de ordinario para constituir tentativa, sino alguna cosa más, esto es, el actual principio de violacion del derecho. La regla de Rossi puede ser exacta como regla de derecho *constituido* en Francia, pero es inexacta científicamente. Esta verdad se demuestra con la misma decision de Montpellier de 19 de Febrero de 1852 *(Journal du Palais 53, 2, 170)*, invocada como prueba de dicha jurisprudencia. No dice el tribunal: la *fractura no es tentativa*, sino que razonando acerca del art. 2.°, y notando que la tentativa en él prevista era castigada como delito consumado, consideró un *peligro social manifiesto la asimilacion de semejante tentativa al delito consumado*. Luego el mismo tribunal de Montpellier concuerda en que la fractura es una tentativa, mas no la *prevista* en el artículo citado. 2.ª La otra razon que muestra no ser cierta por parte de la jurisprudencia francesa, la aceptacion de la regla antedicha como absoluta, consiste en que las decisiones in-

vocadas razonan siempre desde el punto de vista de la *apreciacion del hecho*. Véanse las del tribunal de Casacion de 27 de Agosto de 1812, 11 de Junio de 1818, 23 de Setiembre de 1825, 4 de Octubre de 1827. Así la sentencia de 1818 critica al tribunal de Nancy por haber apreciado mal el hecho sosteniendo que la *fractura*, objeto del debate, no constituia *tentativa*, pero se limita á esta censura por considerarse incompetente para inspeccionar la apreciacion del hecho. Vése, por lo tanto, cómo la Casacion de Francia tambien admite, que la *fractura puede* constituir tentativa. Consúltese la excelente censura de Vatimesnil *(Journal du Palais, 1.025, página 892, nota)* (1).

§ 136.

La ejecucion del delito es un *viaje* emprendido por

(1) En 1862 los tribunales de Francia han reconocido la tentativa de hurto en el simple escalamiento, pero del contenido de ese juicio se desprende que fueron inducidos á darlo por dos motivos especiales. El primero, porque el inculpado habia cometido anteriormente un hurto en la misma casa, introduciéndose en la localidad mediante escalamiento, la cual habia vuelto á asaltar expiada que fué la pena del primer hurto. Los jueces valuaron esta circunstancia como criterio de *univocacion* en el escalamiento, lo cual confirma mi parecer de que en los casos prácticos, el criterio preponderante en esas cuestiones es el de la *univocacion*. La segunda circunstancsa apreciada en aquel caso fué la de tratarse de un doble escalamiento, habiendo saltado primero el muro exterior, y luego otro interior, de modo, que segun los términos del Código francés, que exige una tentativa *seguida* de un principio de ejecucion, resulta la tentativa constituida con el primer asalto, y el principio de ejecucion con el segundo.

el malvado hácia la violacion de la ley. Figurémonos que yo deseo hacer un viaje á París. Mientras preparo el pasaporte y las maletas no he comenzado todavía el viaje á París, pero puesto en camino, de cierto lo comencé, aun cuando los que me vean no sepan si marcho á Génova, á Turin ó á París; ni puede decirse que la *ejecucion* de mi viaje comienza sólo cuando alcanzo á divisar la torre de Nuestra Señora. Podrá dudarse por los demás sobre cuál viaje yo emprendo, pero lo seguro es que he *emprendido* un *viaje.*

§ 137.

De igual suerte en la preparacioa criminosa podrá quedar en duda á cuál delito se enderezaban los actos de ejecucion, pero si es cierto que propendian á un *delito*, existe el *conato*. No es aquí cuestion del *ser*, sino del *conocer*. Y la incertidumbre relativa á los delitos posibles mediante tales actos, se resuelve por la regla que otorga preferencia á la suposicion más benigna. La *univocacion* de su tendencia á un acto criminal, es pues, objétese lo que se quiera, bajo el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar á la práctica para discernir los *actos preparatorios* de la *tentativa.*

§ 138.

Pero ¿cuál será el criterio determinante de la diferencia entre *tentativa próxima* y *remota?* Es, á mi juicio, una dificultad grave. Mientras ante la vista se nos

muestren actos muy lejanos ó muy próximos á la consumacion, fácil será distinguir en ellos la tentativa *remota* ó la *pròxima*. Pero ha de existir un punto de transicion y de contacto entre el conato *pròximo* y el *remoto*; debe ser el último acto con el cual termina la série de los *remotos*, y el primero con que comienza la de los *próximos*. Es indispensable determinar uno y otro, ora el derecho positivo admita la imputabilidad con diverso grado en la tentativa remota y en la próxima, ora siguiendo la opinion de muchos doctores, exima á la *remota* de toda imputabilidad. La fijacion de este punto de tránsito ¿deberá dejarse al arbitrio de los jueces sin qué la ciencia les ofrezca un criterio más positivo que el de la vaga indicacion de proximidad ó alejamiento? Necesidad práctica seria en verdad, en el derecho penal, que la ciencia resolviese este punto, para tranquilizar las conciencias y evitar la oscilacion en la determinacion de las penas.

§ 139.

Pero, ¿podrá la ciencia llenar esta laguna? Todos dicen que el conato *pròximo* se ha de castigar más que el *remoto*, y algunos sostienen tambien la impunidad del último, deteniéndose aquí. Carmignani se ocupó sériamente en buscar fórmula tan importante, y concluyó declarándolo imposible, lo cual bastaria para excusar á quien renuncie á semejante empresa.

§ 140.

El criterio para distinguir cuándo el conato deja de ser remoto y se convierte en próximo no puede deducirse del número de los actos ejecutados. Esto es intuitivo. Ni tampoco del *número* de los actos que faltaba ejecutar, porque este número es variable segun las circunstancias. Diciendo que se determina por la *influencia* del último acto realizado, se sustituye á una fórmula indecisa otra no ménos vaga y mudable, segun el modo de sentir de quien deba aplicarla, y de nuevo se sustrae la justicia práctica al imperio de la *razon* para someterla á la soberanía del sentimiento.

§ 141.

Se puede, sin temor, avanzar una idea: parece que la tentativa pasa del grado *remoto* al *próximo* cuando el culpable, trasladado al lugar de la accion, obra sobre el hombre ó la cosa en los cuales debe consumar el delito. Así, el ladron, mientras prepara las ganzúas ó la escala; cuando se dirige hácia la casa donde ha de robar; entre tanto que espía la ocasion de penetrar en ella, no ha ejecutado más que actos meramente preparatorios. Entra, segun mi juicio, en el camino de la tentativa cuando apoya la escala en el balcon ó introduce la ganzúa en la cerradura, pero su tentativa es aún *remota* porque sus actos recaen sobre el *sugeto pasivo* de la *tentativa* y no todavía sobre el sugeto *pasivo* de la *consumacion*. Lo

considero responsable de conato *próximo* cuando dentro de la casa se abalanza á la cosa que ha de robar y comienza á obrar inmediatamente sobre el objeto en que ha de recaer el acto de *consumacion*, objeto que se encuentra á su presencia: la accion sobre el sugeto pasivo de la consumacion ha comenzado, ó por lo ménos es *inminente*. Así, el cocinero que adquiere y macera la sustancia venenosa hará un acto meramente *preparatorio* del envenenamiento; cuando la pone en la vasija de mi comida entra en vias de ejecucion y tambien de la tentativa, pero de la remota; cuando viene á presentarme en la mesa la comida, entonces es responsable de tentativa próxima (1).

---

(1) No estoy de acuerdo con Robérti al pretender, que hay *delito frustrado* en la *presentacion* de la comida envenenada. El último acto *consumativo* del envenenamiento no puede ser otro que la *deglucion*. Mientras yo no he comido la vianda, el cocinero, despues de habérmela presentado y celebrado sus buenas condiciones para inducirme á comerla, puede *arrepentirse* y arrojar la vasija que la contiene. ¿Cómo hallar un delito frustrado que admita la *utilidad* del *arrepentimiento*? En nada empece la circunstancia de que el acto consumativo deba realizarlo la víctima; ninguna repugnancia jurídica resulta de esto. Quien prepara á su enemigo sobre la via una celada para que caiga y muera, nada más tiene que hacer por sí; pero mientras el enemigo no ha caido, tiempo le queda de desistir y de evitar la muerte. El acto de consumacion es sólo aquel con el cual la víctima pone el pié sobre la trampa engañosa. En este acto no obra la mano del reo, sino el cuerpo mismo de la víctima. Los miembros de ésta hacen las funciones de *instrumento* del reo; éste, despues de haber realizado la tentativa con sus propias manos, persiste en su mal propósito, permitiendo que otro realice por él aquel último acto material, que representa la consumacion. Decir consumado el envenenamiento de un hombre con sólo el hecho de envenenar la comida, no convence, y se llega al absurdo de admitir homicidio *frustrado* en actos que pudie-

§ 142.

En una palabra, mientras los actos se ejercen sobre el mero sugeto pasivo de la *tentativa*, solo hallo actos preparatorios ó conato *remoto*, segun que se da ó no la

---

ran preceder en meses y áun años al momento destinado, segun el propósito del culpable, para la muerte. El equívoco nace de la influencia indebida, que ejerce sobre el ánimo la circunstancia de que el acto constitutivo del momento de *consumacion* del delito no deba realizarse por el mismo culpable con su propia mano, sino con la de un tercero inocente y con la de la misma víctima. Esta circunstancia es, sin embargo, un accidente, que en nada modifica las condiciones ontológicas ni las jurídicas del delito. Ontológicamente, aquel acto sucesivo (realícese por la víctima ó por un tercero inocente), es indispensable á la *esencia* de aquel reato, porque sin él la violacion del derecho no puede consumarse. Jurídicamente, aquel acto (del tercero inocente ó de la víctima) es imputable al malhechor, el cual voluntariamente se valió de la mano de aquellos para consumar el delito; el tercero ó la víctima son sugetos activos *secundarios*, esto es, irresponsables del maleficio, y aun acontece que la víctima reune en sí las tres condiciones de sugeto activo secundario, sugeto pasivo y paciente en el delito, sin que esto repugne, como tampoco repugna que la víctima reuna en sí hasta la condicion de sugeto activo primario, como sucede en todos los delitos consumados sobre sí mismo. Luego si ontológicamente aquel acto es necesario para completar la *subjetividad* esencial al delito, éste no se considera *subjetivamemte perfecto* mientras dicho acto no se realizó. Y si aquel acto (aunque materialmente de otro) es jurídicamente de la responsabilidad del culpable una vez realizado, indispensable parece que esa responsabilidad sea menor cuando (aun contra su querer) no se realizó. Este acto que se calcula en los momentos constituyentes del reato si éste tiene lugar, debe tambien descontarse en el caso de no suceder. Lo exige una razon de justicia, no un motivo de benignidad.

univocacion. Y encuentro el principio del conato *pròximo* donde las operaciones se dirijan sobre el sugeto pasivo de la *consumacion: rem scilicet vel personam in cuyus perniciem exeruntur actus,* Carminagni, § 228 ed de Pisa, 1833.

§ 143.

Este es, á mi modo de ver, el punto oscuro y ambíguo de la presente teoría, y de esta ambigüedad nacen las divergencias sobre la imputabilidad. De hecho los que confunden el conato *remoto* con los actos *preparatorios* pueden sostener perfectamente la no *imputabilidad,* pero destruyen, como dejo advertido, una distincion prácticamente utilísima para la equitativa distribucion de las penas. Los otros, por el contrario, manteniendo la diferencia entre conato *remoto* y actos *preparatorios,* le atribuirán cierto grado de imputabilidad. De este modo en nuestra ciencia las fórmulas y distinciones de escuela traen resultados de suma gravedad en la tribuna legislativa y en el foro. Pero la distincion, sobre que ontológicamente es verdadera, jurídicamente es necesaria. Y si la fórmula de la *univocacion* es guia segura para distinguir los actos *preparatorios* del conato *remoto,* la fórmula de la *presencia* del *sugeto pasivo* en el acto en que cesó la tentativa puede ser criterio útil para diferenciar la tentativa *pròxima* de la *remota,* segun fuese sugeto pasivo del *conato* ó de la *consumacion,* bien entendido, que tal *presencia* se considere en el sentido de intervencion material en la ejecucion del reato; esto es, que sea real la condicion de sugeto pasivo.

§ 144.

La última indagacion relativa á distinguir la *tentativa* del *delito frustrado* me parece facilísima, teniendo en cuenta la importancia de estas dos ideas correlativas, á saber: que el delito *frustrado* se produce solamente: 1.° Cuando se han ejecutado *todos los actos necesarios* para procurar el *hecho* criminoso. 2.° Si éste no se realiza por un *accidente* de todo punto extraño al *modo de obrar* del culpable. La nocion más éxacta del delito frustrado se contiene en el Código toscano, artículo 46, pero bien comprendido.

§ 145.

El criterio del *delito frustrado* no se debe inferir mezquinamente de la ejecucion del *último* acto *consumativo*, y por motivo de éste considerar siempre interrumpida la *tentativa* y causado el delito frustrado, aunque hubiese deficiencia en los actos precedentes por falta de idoneidad, por insuficientes ó por no realizados. Bien se abandone uno de los primeros actos, bien uno de los extremos; exista la falta de idoneidad en los primeros ó radique en el último, esto basta para que los *actos necesarios del delito* no se hayan *realizado totalmente*. Así Nicolini negó los caractéres de *delito frustrado* á la presentacion de un veneno mineral por extremo activo para causar la muerte, pero que no se habia disuelto en el líquido porque el culpable no lo trituró antes de mezclarlo, y el Tribunal de Casacion de Nápo-

les aceptó sus conclusiones. El acto de consumacion se habia realizado, pero faltaba uno de los *precèdentes*; la *trituracion* única que podia convertir la sustancia venenosa en soluble é incorporable en el líquido, y por lo tanto capaz para la deglucion. El delincuente no habia realizado *toda* la série de actos indispensables para alcanzar el fin criminoso; el veneno no era *subjetivamente perfecto*, y el suceso no se realizó, no ya por la intervencion de un *accidente*, sino por la deficencia de uno de los actos de ejecucion. La *imperfeccion* del delito era consecuencia del *modo de obrar* del reo.

§ 146.

Es, pues, erróneo suponer, que no se puede hablar ya de tentativa una vez realizado el acto *consumativo*. Mantengámonos siempre en los términos propios, cuando *deficiente* es uno de los actos, sea cualquiera el punto de la série que debiera ocupar dicho acto inadvertidamente omitido, ó equivocadamente ejecutado.

§ 147.

La diversidad en todo caso será esta: si la deficiencia radica en el *último* acto tan sólo, se produce de ordinario la nocion de la *tentativa* punible; si radica en los actos *precedentes*, la imputabilidad de la tentativa podrá ó no subsistir, segun que en el momento determinante de la deficiencia misma (acto omitido ó acto no idóneo), se habia ó no recorrido una série de actos suficientes á constituir un conato políticamente imputable. Si la *falta*

de idoneidad se determina en los primeros, por ejemplo: el culpable sale de casa con la escopeta cargada de pólvora únicamente, esta omision informará toda la série de sus operaciones sucesivas, y como todas están *libres de peligro*, no habrá tentativa punible. Pero si la falta de idoneidad sobreviene cuando ya habia un conato imputable, solo hace ineficaces todos los actos posteriores, los cuales se consideran como no sucedidos, porque para la ley es lo mismo *no hacer un acto*, que *ejecutarlo* no *idóneo*. Los actos precedentes, sin embargo, quedan intactos. Esto en cuanto á la tentativa: respecto al delito *frustrado* siempre cesa, si hay deficiencia en un *acto cualquiera* pertinente en cualquier estado de la operacion.

§ 148.

Esta regla se refiere á un principio *ontológico* y á un principio *jurídico*, que recíprocamente se sostienen. El principio ontológico es este: para considerar incompleto un acto basta la deficiencia de uno de los elementos necesarios que lo componen, sea cualquiera el lugar en que haya de de colocarse. Un rosario es incompleto cuando le falta una cuenta, lo mismo el tercer Padre nuestro, que la última Ave-María. El delito frustrado se constituye con la realizacion de *todos los actos* ejecutivos necesarios para llegar al hecho, pero ineficaces en virtud de un accidente: por esto se llama *frustrado*. Luego este no existe si falta uno de aquellos actos, es un delito frustrado *imperfecto*, que por este mismo hecho se convierte en simple *tentativa*.

§ 149.

El principio *jurídico* es el siguiente. A un justiciable se le imputan las consecuencias del hecho propio, aunque no las haya previsto ó querido, por la regla de índole política de que quien quiere los medios (en términos adecuados), es responsable de las consecuencias. Deber correlativo, en la justicia es tomar en cuenta aquellos resultados menos graves del *modo de obrar*, aunque el agente no los hubiese previsto, ni querido. De otra parte, la sociedad castiga las malas acciones en razon del *acto externo*, y la gravedad de éste obra sobre el criterio del daño en el *delito consumado*, ó del peligro que se presenta en la *tentativa*. Cuando el acto externo lleva *en sí mismo* la causa de ser frustráneo, evidentemente el *peligro* disminuye. Y áun cuando deba apreciarse la mala intencion, preciso es convenir tambien, en que el malvado, inexperto ó incauto, muestra menos propósitos de delinquir y excita ménos alarma en los ciudadanos.

§ 150.

Bajo cualquier aspecto, por lo tanto, es indispensable admitir en teoría lo prevenido claramente, á mi juicio por nuestro Código de 1853, á saber: el *delito frustrado* no existe *aunque se haya realizado el acto consumativo*, cuando el obstáculo para el hecho procede de causas congénitas con el *modo de obrar* escogido por el justiciable.

§ 151.

Este punto de doctrina no es dudoso si las *causas impedientes* provienen de las condiciones materiales de los medios empleados, esto es, del *sugeto activo* del conato ó del consumado. Si, por ejemplo, se dispara un arma de fuego (1) con carga *insuficiente*, y á causa de esta *insuficiencia* no se produce homicidio, seria irracional insistir sobre la existencia del *homicidio frustrado*. La distincion entre la no idoneidad relativa y absoluta, que puede ser justa en la simple tentativa,

(1) Refiriendo al sugeto *activo* los instrumentos empleados por el hombre para realizar el delito y al sugeto *pasivo* las cosas ó personas sobre que obra, la distincion entre el sugeto de la *tentativa* y sugeto de la *consumacion* aparece clarisíma en el sugeto *activo* como en el *pasivo*. Un ejemplo explica con precision nuestra nomenclatura, que si no coincide con el lenguaje filosófico, presenta, sin embargo, fórmulas muy oportunas para definir las diversas reglas aplicables á las varias é infinitamente variables especies del conato. Ticio ha pensado matar á su enemigo durante el sueño; con este objeto se provó: 1.° de una llave falsa á fin de introducirse en su habitacion; 2.° de un puñal para herirlo. Aquí el sugeto *activo* secundario de la tentativa es la llave falsa; el sugeto pasivo la puerta que ha de abrirse con aquella: hasta este punto se viene actuando sobre los *medios*. Al *sugeto activo* de la consumacion se refiere á las veces el puñal que mataria; el *pasivo* es el hombre á quien se pretende matar. Lo ejecutado aquí recae sobre el fin. Si el hecho no se realiza porque la llave no era adaptable á la puerta, el obstáculo reside en el *sugeto activo de la tentativa*; si es á causa de la falta de solidez en el arma, el obstáculo se dá en el *sugeto activo* de la *consumacion*; si la puerta tenia una segunda cerradura ó el hombre una cota de malla, el obstáculo aparece en el *sugeto pasivo* de la tentativa en el primer caso, y en el *sugeto pasivo* de la *consumacion* en el segundo.

no es admisible en el *delito frustrado*. En la tentativa son siempre inciertas las condiciones concurrentes á la consumacion: de aquí deriva el *peligro*. El arma con escasa carga pudo dispararse á corta distancia y matar; su potencia es toda ella de prevision conjetural, no demostrada por un resultado de hecho: podia ser, pero no podia ser. Mas, ejecutado el acto de consumacion, tenemos el resultado *positivo* de hecho: estamos ciertos de las condiciones *materiales* en que el agente queria emplear el arma, y lo estamos igualmente de que con estas condiciones de hecho, el arma era *impotente*. Habrá una *tentativa* en ambos casos, no *delito frustrado*, porque el acto consumativo hace eficaces los caractéres de impotencia del arma, así como demuestra la eficacia de sus condiciones eventuales de potencia. El enemigo se detiene á cincuenta pasos de distancia al disparar aquella arma, que á los diez habria producido la muerte: todo peligro cesó en el momento mismo del disparo y por virtud propia de este último acto, áun antes de que el proyectil caido á gran distancia de la víctima le mostrase que nada debia temer. Pero si el reo se aproxima más á la víctima, la explosion hubiera sido mortal; luego en los medios no habia impotencia absoluta: el reo dispara sin aproximarse, y hé aquí la impotencia *relativa*. Y porque el ataque no fué mortal por causa del *modo de obrar* del reo, no resulta *delito frustrado*, puesto que no se hizo de su parte *cuanto era necesario* para producir el efecto: sostener lo contrario seria un verdadero contrasentido. El último acto (explosion á larga distancia), fué la causa por cuya virtud cesó el peligro: es absurdo, que una imputacion, cuya razon y medida residen en el peligro, se aumente

en un grado por causa del mismo acto á consecuencia del cual cesó aquel. Por esto sostenia yo, que no habia lugar á distinguir ni á dudar.

§ 152.

Pero cuando el obstáculo al hecho nace de las condiciones del *sugeto pasivo*, podrá dudarse si es aplicable ó no la misma regla, pues tales condiciones no son obra del atentante. Él las halló en la cosa ó en la persona sobre la cual, atentando ó consumando, dirigió sus actos físicos.

§ 153.

En tal caso, forzoso es distinguir: el obstáculo, que procede del *sugeto pasivo*, excluye el *delito frustrado* cuando fué conocido antes por el agente, si bien lo imaginase vencido; no lo excluye, si *no fué conocido* ni previsto por aquel.

§ 154.

Si el agente no conoce ni prevé el obstáculo impediente del hecho querido, derivado del *sugeto pasivo*, ese obstáculo representa lo *fortuito* que salvó á la víctima, y no se liga al *modo de obrar* del criminal.

§ 155.

Pero si conocia la existencia del obstáculo y lo *quiso* afrontar pensando dominarlo, cuando por su *naturaleza ordinaria* debia impedir el acto, como de hecho lo impidió, la causa del *fracaso* se liga con el *modo de obrar* del delincuente, es decir, con aquellas condiciones, que él ha querido dar á su operacion. La muerte no ha ocurrido, porque el delincuente, en lugar de remover el obstáculo ó de usar medios más eficaces, imaginó vencerlo con medios *impotentes* segun la ley natural.

§ 156.

Ticio dispara un arma cargada con proyectiles pequeños á tal distancia, que no podian producir la muerte: esta causa de *no realizacion* es inherente al *sugeto activo* del delito. El *delito frustrado* no existe lo mismo en el caso de saber el reo, que en el arma habia proyectiles menudos, como si no lo sabia, creyéndola por el contrario, cargada con bala. La causa del fracaso será siempre inherente á los *medios* usados por el reo, y sirve para excluir el título de delito frustrado.

§ 157.

El arma, por el contrario, estaba cargada con proyectil grueso, pero el enemigo se hallaba detrás de una pared, que aquel plomo, por ley natural, no podia per-

forar. Este obstáculo es inherente al *sugeto pasivo*, é importa como antes dije, distinguir: si el agente no vió ni conocia el obstáculo (por ejemplo, una puerta, adelantada por el viento en el acto mismo de disparar el criminal la escopeta, ó un objeto duro que la víctima tenia y detuvo el proyectil, ó un movimiento instantáneo del atacado evitó el daño), el *delito frustrado* existe, porque en el modo de obrar el reo, se daba la posibilidad de matar, y el obstáculo desconocido representa lo *fortuito*, que salvó á la víctima de la muerte.

§ 158.

Mas, si por el contrario, el agente *observó* este obstáculo (por ejemplo, la puerta cerrada detrás de la cual se hallaba la víctima, puerta que el reo pensó taladrar con la bala, cuando por ley ordinaria no tenia fuerza para ello) no hay *delito frustrado*, porque dimanando el fracaso de una causa cuya existencia conocia el agente, semejante obstáculo no presenta el carácter de *fortuito* ó de *imprevisto*. El reo quiso tirar contra el hombre colocado detrás de la puerta; quiso ejecutar *una accion*, cuyas condiciones, de él conocidas, hacian imposible la muerte; luego residiendo la causa del insuceso en dichas condiciones, que el agente *voluntariamente* aceptó, no pueden decirse *independientes* de él, porque en fin de cuenta descansan sobre un error de sus cálculos. El no ha hecho *cuanto era necesario* á la realizacion del delito querido: para hacerlo todo, era preciso esperar la salida de la víctima fuera del muro.

§ 159.

Volvamos á la idea del *peligro*. En el último acto del disparo de un arma de fuego con carga insuficiente (en lo cual se pretende hallar el delito frustado, porque representa la consumacion subjetiva del mal) la sociedad no puede ver *peligro* de homicidio: se conociese ó no por el agente la insuficiencia de la carga y su impotencia con tales condiciones, siempre queda excluida la idea de *delito frustrado*.

§ 160.

Tal es la *esencia de hecho* del delito frustrado, que debe ser siempre distinta del *elemento intencional*. Aquella ha de existir *de por sí;* ha de tener sus propias condiciones ontológicas, completas en sí mismas segun la ley de su naturaleza, y no segun las visiones ó las previsiones del agente. Si un hombre imaginó, que la escopeta cargada con sólo pólvora diese la muerte, ó que una bala de carabina perforase una pared de fábrica, y disparó ia primera contra el enemigo en campo abierto, ó la segunda contra la pared tras de la cual se amparaba el contrario, el delito resulta completo en su *elemento moral*; el delincuente ha ejecutado todos los actos que se *proponia hacer*, segun su idea, para matar, pero no ha hecho to lo lo *necesario* á fin de efectuar su propósito. Segun el elemento moral habria *delito frustrado*, pero no segun el *elemento material*. Y así como aquel sin este no es suficiente á dar consistencia al título de

delito frustrado, de la propia suerte el hecho de aquel, ó no será nada ó á lo sumo será simple tentativa.

§ 161.

En este órden de ideas encuentro diferencia entre lo llamado por las escuelas antiguas, ora conato *prœtergreso*, ya conato perfecto, y lo que las modernas califican de *delito frustrado*. Aquel se da en la realizacion no interrumpida de los actos pensados por el reo; este requiere la de los actos exigidos naturalmente por la *naturaleza del hecho*.

§ 162.

Igualmente del acto de disparar el hombre un arma bien cargada contra otro parapetado detrás del muro, infranqueable por la bala, la sociedad no deriva *peligro*, luego tampoco se puede aceptar el título de *homicidio frustrado*. En ambos tal vez, el peligro se haya producido en los *actos precedentes*, que representaban la *tentativa*, pero como en el último ese peligro no existe, hace cesar el de los precedentes.

§ 163.

Por el contrario, respecto al hombre que dispara un arma bien cargada contra otro á quien ve al descubierto, y en condiciones probables de quedar muerto, la sociedad, con perfecta razon vé el *peligro* del homicidio;

porque no siempre el soplo piadoso del viento cerrará la puerta en el instante en que el malvado dispara, ni siempre la víctima hará el repentino movimiento que sacó á su cuerpo de la direccion de la bala. Aquí está la concomitancia del peligro; áun en el último acto existe lo *fortuito* del mal: si se reitera el hecho en las mismas condiciones, es temerario esperar la reproduccion. Luego hay título de delito frustrado.

§ 164.

Este punto de la doctrina se resume en una fórmula sencillísima: para la existencia del *delito frustrado* no basta que el agente haya hecho *todo cuanto queria* hacer á fin de consumar el delito; es indispensable ejecutar *todo lo necesario* á fin de llevarlo á cabo.

§ 165.

Véase cómo desde el principio hasta el término de la teoría de la tentativa, la idea del *peligro*, considerado como elemento constituyente de la fuerza física del conato, sirve de base y es segura guia de criterio para resolver bien cualquier caso. Además, la fuerza lógica de su aplicacion se comprende claramente. Cuando el *modo de obrar* adoptado por el reo, debia, por ley *ordinaria* de su naturaleza, producir el efecto deseado, á no ocurrir el obstáculo *fortuito* que frustró aquel modo de obrar, el *peligro* ha existido desde el primer acto de ejecucion hasta el último representativo de la consumacion del reato. El delito es *frustrado*. Pero cuando el

obstáculo procede de uno de los actos de ejecucion, porque segun la ley ordinaria de su naturáleza, no tiene el poder que el culpable suponia, el *peligro* ha dejado de existir despues de aquel acto frustratorio. Luego si el *peligro* (elemento que aquí hace las veces del suceso no acaecido para dar báse á la imputabilidad) no fué concomitante con *toda* la série de los actos de ejecucion, el delito frustrado desaparece: porque le queda solo el elemento de la mala voluntad, constitutivo de su índole moral, sin la correspondiente *cualidad* de peligrosos de toda la série de actos externos, constitutivos de la índole política. Falta la fuerza física *objetiva* del delito *perfecto* (representada por el daño), donde no hay *resultado perjudicial.* Falta la fuerza física *objetiva* del delito frustrado (representada por el *peligro* corrido (1), si el acto consumativo no originó por su naturaleza riesgo. Queda una *tentativa* imputable, hasta el punto en que los actos cuya posibilidad de dañar el derecho atacado, muestren un peligro real.

§ 166.

En último término, no puedo abandonar este argu-

---

(1) La importante distincion entre *peligro conocido* y *peligro corrido* se admite, aunque bajo distinta fórmula, en Jonge *de delictis, vol. 2, pag.* 266. Hé aquí sus palabras: *nemo propter periculum futurum puniri potest; sed tantum propter periculum ortum in ejus facto, quod vel civibus vel eorum rebus vel reipublicæ inminet; dummado noxi voluntati tribuendum sit.* La distincion, fundamento sobre el cual gira toda nuestra teoría del conato, es radicalmente la misma, bien se diga peligro *conocido* ó *futuro,* peligro *nacido* ó *corrido.*

mento sin volver, á propósito especialmente del delito frustrado, sobre la cuestion de la parificacion en la imputabilidad, puesto que todavía hay quien persevera en sostener, que admitida una diferencia de imputabilidad entre delito perfecto y tentativa, débese mantener entre aquel y el delito frustrado la más perfecta igualdad. Bernard, procurador general en Chateau-Thierry, publica en la *Revista Crítica* una série de artículos comentando el Código penal sardo de 1859. Este trabajo, de reconocida importancia en la ciencia, es de sumo interés para nosotros los italianos, porque la inminencia de un Código penal, que unifique la condicion de los súbditos del nuevo reino ante la justicia punitiva, reclama de la especulacion los principios fundamentales de esta parte de la doctrina penal para llevarlos á su práctica aplicacion.

§ 167.

Muchas de las observasiones del ilustre magistrado, ora en elogio, ora censurando el Código sardo, merecen completa aprobacion. No siempre, sin embargo, estamos de acuerdo con su pensamiento, ni creemos tampoco que sus argumentos puedan eludir racionales objecciones. En la importante materia de la tentativa y del delito frustrado nos adherimos, por ejemplo, á la crítica del jurisconsulto francés dirigida contra el art. 99 del Código sardo, porque su última disposicion hace responsable al mandante de tentativa, aunque el mandatario, por obstáculos ó por desistimiento, no haya comenzado ningun acto de ejecucion. La regla de que el mandato en sí mismo no constituye tentativa, aunque pueda

ser considerado como delito *sui generis* cuando la infraccion á que se dirige presente cierta gravedad política merecedora de represíon, era tan universalmente reconocida por todas las escuelas de derecho penal, que la desviacion de ella en el art. 99 del Código antedicho (desviacion derogada en algunas provincias de Italia), excitó general sorpresa y produjo el temor de verla reproducida en el nuevo Código penal italiano.

§ 168.

Mas no podemos convenir con Bernard en otra censura enderezada contra el art. 97, lastimándose de que el Código sardo no haya mantenido en la penalidad del delito frustrado la absoluta parificacion con el consumado. Bernard se adhiere aquí á la doctrina de Chaveau y Helie; se adhiere á la rígida sancion que aún prevalece en el Código francés, á pesar de los progresos realizados por la ciencia en aquel docto país. Observa, que la opinion contraria sobre la disparidad de pena para ambos casos procede de la escuela germánica, y reproduciendo con las palabras de Chaveau el argumento usado por el orador del Gobierno francés al mantener la parificacion en la exposicion de motivos del Código ante el Cuerpo legislativo, considera arbitraria é injusta toda disminucion de pena en el delito frustrado, porque en este caso se hace figurar el accidente que impidió el hecho como una circunstancia atenuante, lo cual es un absurdo. Y partiendo de esta idea, cree posible afirmar que la regla de la disminucion de la pena no encuentra apoyo fuera del *principio utilitario*.

§ 169.

Por nuestra parte, sostenemos como verdadera é inluctable, segun principios de justicia, la regla combatida por el insigne jurisconsulto francés, y firmes en esta conviccion transmitida por nuestros maestros, creemos que el razonamiento de Bernard es inexacto en su parte histórica, vicioso por el argumento sobre que se apoya, é infundado en cuanto al motivo atribuido á nuestra opinion.

§ 170.

Es inexacto históricamente, porque no es cierto, que la doctrina de la disparidad en la pena proceda de la escuela germánica (1). Al publicar Carmignani en 1808

(1) Verdad es, que la Némesis Carolina, que juntamente con varios estatutos penales (de Hesse, Bamberg, Brandeburgo, et cetera), sucedió á principios del siglo XVI á las tradiciones romanas, que, entremezcladas con las de las leyes bárbaras, regian la materia penal, produjo entre los sábios de la Germania cierta veleidad de dulzura. Y como la Carolina en el art. 178 abandonó al *arbitrio* judicial la pena del conato, nació la idea de que la tentativa (aunque próxima y encaminada á crímenes atroces) debia imputarse ménos, cuando por el contrario, en Francia dominaba aún el severo principio de la parificacion. Pero no puede sostenerse que la vieja escuela germánica aceptase la *no parificacion* como principio absoluto científico. Habia, por el contrario, jefes de escuela como Boehmer, que enseñaban todo lo opuesto: tan sólo el art. 178 inducia en la práctica á cierta benignidad, pero ésta en Bélgica recorria diversa escala, segun

sus nunca bastante alabadas Instituciones de derecho criminal, proclamó dicha regla con solemnes palabras: *Conatus quantumvis praetergressus, qualiscumque titulus criminis sit ad quod intendit, perinde ac perfectum crimen imputari mínime potest.*, y en la nota que puso á esta página, refutó extensamente á Romagnosi, el cual en su *Génesis del derecho criminal*, publicada en 1791, habia enseñado, que el delito frustrado debia considerarse perfecto en cuanto á la imputabilidad, aunque admitia alguna disminucion en la pena. La doctrina de la disparidad no es, pues, invencion de la escuela germánica, sino que más bien es un precepto proclamado anteriormente por la escuela italiana á partir de Gandino y de Claro. No es esta la vez primera que hallamos, en algunos escritores franceses, indicado como precepto de la escuela germánica lo que en realidad era la reproduccion de enseñanzas de algun jurisconsulto italiano. Esto acontece, porque en Alemania gozan de crédito nuestros libros más que en parte alguna, lo cual viene de antigua fecha: así vemos á Struvio y Müller citando como autoridad en apoyo de una doctrina, opúsculos y escritos publicados en Italia que ni entre nosotros eran

---

los *diferentes títulos de delito.* Contra los *asesinos* (*bravios quæstuarios*) comprados, se limitó á cambiar la muerte de *rueda* por la de *horca* (Van Leuwen, *censura foren.*, lib. 5.°, cap. 13, n. 3. —Damhouder, *Praxis criminalis*, cap. 74, v. 3), lo cual revela más bien una disminucion de *pena* que una minoracion en la *imputabilidad.* En los otros homicidios prevaleció por costumbre la atenuacion de la imputabilidad; Voet, *in Pand.* 48, 8, 4.—Perez, *in c. tít. de Sicariis*, v. 5.—Gudelin *de jure novísimo*, 5, 17.—Sande, 5, 9, *def.* 11. Esto muestra, que la cuestion se resolvia bajo el punto de vista de la humanidad y de la conveniencia, nó bajo el aspecto de la justicia.

universalmente conocidos. En Francia, hasta los últimos tiempos en que muchos ilustres escritores han comenzado á hacer justicia á los nuestros uniéndose con ellos en fraternidad científica, prevaleció el sistema contrario, y se tuvo como á ménos, repetir aserciones que viniesen de la *tierra de los muertos*. Un escritor moderno de Francia, célebre por sus comentarios al Código de comercio, confirma nuestra observacion demostrando cómo el Código de comercio adoptado en Francia, no es más que el resúmen de las doctrinas de Casaregis y sin embargo, en todas las discusiones empeñadas con tal motivo, ninguno de los oradores pronunció el nombre del italiano cuyas doctrinas se aceptaban. Buena ó mala como sea, la regla de la disparidad de la pena nació en Italia; los alemanes no hicieron otra cosa que aceptarla con entusiasmo y sostenerla con tenacidad.

§ 171.

El génesis de la doctrina opuesta deriva de una fuente doblemente viciosa, bien sea que en los tiempos pasados se generalizase entre los criminalistas la idea de castigar la tentativa con igual pena que el delito consumado por una mala inteligencia de las ideas romanas, bien á causa de tener inexacta nocion de la tentativa.

§ 172.

En verdad, si se estudian los escritores de los pasados siglos, vése que muchos de ellos se fundan en la autoridad de los jurisconsultos romanos, suponiendo que

para estos la tentativa y el delito consumado se equiparaban siempre en el castigo. Pues este es un error, que enseñado ya por Cujas, se repitió constantemente por respetos hácia su nombre en todos los escritores sucesivos, convirtiendo de tal suerte en regla general algunas especialísimas y excepcionales disposiciones. Que hay en ello error no tengo para qué demostrarlo, bastándome hacer referencia á la eruditísima disertacion de Nicolini (citado antes), despues de la cual, nadie que yo sepa, ha dudado de tal verdad, posteriormente ratificada con toda extension por Geib (1).

§ 173.

Otros muchos, entre los mantenedores de la parificacion, llegaron á tal consecuencia por formarse inexacta nocion de la tentativa, nocion que se ha depurado y rectificado en Italia sólo en los tiempos modernos, y principalmente por los trabajos esmerados de Carmignani. Si se consultan aquellos autores, veráse muy lue-

---

(1) Pretenden muchos, que debe considerarse como regla general la séntencia de la *ley* 14, *ff. ad leg., cor. de sicar. in maleficius voluntas spectatur non éxitus*, pero los más ilustres juristas rechazan esta inteligencia. Binkershoeck (*ob. jur.*, lib. 3, *obs.* 10) queria restringir el precepto al sólo caso del *maleficio* ó *envenenamiento*. Gluck (*ad tít. de justitia et jure*, § 6, *pág.* 67, *nota*, 91) y Rucker, en las notas á dicha ley, entendieron la palabra *exitus* en sentido totalmente opuesto; esto es, *non solu exitus*, *non tantum exitus*. Véase tambien á Cannegieter (Juan) *in collationem legum mosaicarnm, tít. I*, § 7, *pág.* 184.—Cannegieter (Herman) *ad fragmenta veteris jurisprudentiæ* (in Col. L. M. et R.), pág. 44 y siguientes.

go, que para demostrar la necesidad política de la pacificacion recurren á ejemplos de conatos, que segun la enseñanza unánime de las escuelas modernas, no son tales. Unos, por ejemplo, tomando el caso de *la lesa majestad* y repitiendo la sentencia de Caton: — *Quis tam vesanus expectabit eventum cujus frustra imploravitur vindex*—piensan que si la tentativa no se castigase igualmente que el delito consumado, el reo tendria grandes probabilidades de no experimentar el rigor de la ley. Pero este y otros ejemplos análogos, así como los argumentos de ellos deducidos no tienen fuerza alguna desde que la ciencia excluyó la nocion del *conato* en todos los delitos que se dicen *formales*. El reo de lesa majestad lo es de delito *perfecto* desde que acude á las armas contra la patria; lo es el conjurado cuando urde la conspiracion; lo es el calumniador apenas presentó la falsa denuncia ó suministró el falso testimonio; lo es el monedero falso apenas fabrica la moneda; lo es el incendiario desde que aplicó la mecha en el edificio, porque en estos y otros casos desaparece el conato por razon de *exceso*, dándose en los actos ejecutados una lesion ya consumada de un derecho *universal* ó de un derecho, sea *universal* ó *particular*, superior ó igual al derecho que el agresor se proponia finalmente conculcar. Es, por lo tanto, sofisma evidente el en que se incurre al decir, que si al reo de lesa majestad, al conspirador, al calumniador, al falsario, al incendiario se aplica la imputabilidad de un delito perfecto, se acepta con ello la regla de imputar igualmente la tentativa, que el delito consumado. Reducida á sus términos más estrechos la argumentacion, es la siguiente: estos reatos *perfectos* se imputan como tales (aunque el órden del estado no se

haya trastornado, no se haya logrado la condena del inocente ó no se haya causado todo el mal que se queria causar á la propiedad privada), luego es regla general que el delito *imperfecto* se impute igualmente que el perfecto.

§ 174.

Remontándonos, pues, al orígen, claramente se muestra por uno y otro camino, que la doctrina de la parcificacion alcanzó en algun tiempo boga á causa de errores en el conocimiento de las leyes romanas, ó en el del ente jurídico de que se trataba. Otra razon no ménos verdadera, pero tampoco ménos errónea de esta doctrina, nace modernamente (Tissot, vol. I, cap. 6, *in fine*) de la peligrosísima confusion entre la moral y el derecho (1).

---

(1) Mirada la cosa en su interioridad, aquí radica el motivo sustancial de divergencia de las escuelas, sobre este y otros puntos. La escuela *moralista*, puramente subjetiva, encuentra el delito en la *perversidad del agente*, y castiga esa perversidad. La escuela *ontológica* vé en el delito un *hecho que lesiona el derecho*, y castiga esta lesion. Hé aquí el principio de la disparidad, mantenido el cual, las dos escuelas podrán eternamente estar disputando sobre esta y otras cuestiones, sin llegar jamás á establecer una inteligencia. Es imposible entenderse cuando el razonamiento procede de dos ideas radicalmente opuestas tocante á la sustancia de la cosa sobre que versa la contienda. Considerado el delito como punible por la perversidad que revela, la escuela moralista no halla en el hecho exterior más que un *criterio* revelador, una manifestacion de la voluntad culpable; ella castigaria hasta la voluntad culpable no seguida de efecto exterior, si le fuese posible sin él adquirir la certidumbre

§ 175.

Hay, pues, un equívoco al anunciar, como lo hace el insigne magistrado francés, que la regla de la dispari-

---

de tal perversidad: es la doctrina de Burlamaqui con todas sus consecuencias lógicas, el cual enseñaba, que los actos internos (deseos, propósitos) no debian ser castigados por solo la razon de no poderse reputar ciertos, sin la presuncion de un acto exterior, que manifieste su existencia ó su realidad. Por lo tanto, cuando esta escuela encuentra un hecho exterior que le manifieste suficientemente la voluntad injusta, castiga sin cuidarse de cuáles hayan sido los efectos de aquel hecho, y castiga igualmente á los autores de hechos diversísimos en sus condiciones, en sus relaciones con la ofensa al derecho, por que bastando de por sí á producir la certidumbre de la séria voluntad de delinquir, todos ellos han servido igualmente á la funcion para la cual se requeria su concurso y no entran en el cálculo de la imputabilidad y de la pena, que se dirige únicamente contra el querer injusto. Una *tentativa*, áun cuando exenta de todo resultado perjudicial, se relaciona con el derecho atacado, y aunque de mucho menor perjuicio en la relacion política del daño mediato, es, segun esa escuela, igualmente grave que un *delito perfecto,* porque manifiesta con toda certeza á los ojos de la justicia la séria y perseverante voluntad de producir aquel mal. No importa, que el mal se haya ó no de deplorar, porque esta escuela no mira el delito como un *ente jurídico,* sino como un *ente moral*, de tal suerte, que la voluntad de violar el derecho expresa la figura del delito perfecto, sin necesidad de esperar á la violacion efectiva del derecho. Es muy natural, por consecuencia, partiendo del prejuicio de que la tentativa constituye *delito perfecto* (porque manifiesta la voluntad injusta constituyente del delito), acudir á un argumento, en mi opinion, sofístico: que para castigar ménos la tentativa es indispensable hallar una atenuante en lo fortuito obstatorio al hecho siniestro. Considerado por esta escuela

paridad en la pena se apoya tan solo en el principio utilitario. El equívoco procede de confundir la razon, que aconseja la disparidad en la *tentativa* con la que aconseja la disparidad en el *delito frustrado*. Uno de los motivos determinantes de ella en la tentativa es, en verdad, aparte la menor gravedad del acto jurídico, el princi-

---

un delito perfecto en la mera intencion, no le es dable concebir minoracion de la imputabilidad sin recurrir á las atenuantes. Igualmente el hecho del *cómplice*, aunque comparado con el del autor presenta ménos gravedad, sea porque la lesion del derecho no procede directamente de aquel, sea porque revela un hombre ménos peligroso, causa de menor alarma del público, es para la escuela moralista un *ente moral*, totalmente igual al reato del *autor principal* (merecedor por lo tanto de la misma pena), porque manifiesta igualmente tambien la *voluntad injusta* encaminada á la violacion de la ley. Diametralmente opuesta á ella es la escuela ontológica, á la cual me glorío de pertenecer. Considerando el delito como un *ente jurídico* y castigando el *hecho exterior*, porque *violó la ley jurídica*, y no tan solo porque es una *manifestacion* indudable de malos propósitos, es llevada por necesidad lógica á apreciar en la lesion del derecho la cuantidad política del hecho que quiere castigar. Por lo mismo no piensa, por modo alguno, en atenuar la *pena* al reo de tentativa ó al de complicidad: impónese al uno y al otro la pena adecuada al hecho y á la gravedad que este presenta en relacion con la ley jurídica, de la cual es sancion y tutela el derecho penal. Castigando ménos al auxiliador y al reo de delito imperfecto, no aspira á ser benigna ó á usar medios de dulzura, sino que se preocupa de administrar justicia rigurosa. Combátase nuestra escuela en su principio, y defiéndase la opuesta si se quiere, pero no se la acuse falsamente de buscar sus dictados respecto al conato y complicidad en el corazon más que en la inteligencia, en la piedad más que en la justicia, en la elástica teoría de las atenuantes más que en los exactos y positivos criterios de la naturaleza y de la cuantitad del delito. El sistema de las atenuantes es una panacea, á la cual han debido recurrir los Códigos, fundados en la doctrina moralista, que en la

pio utilitario, el cual exige que se deje en los males comenzados mayor posibilidad al desistimiento. Pero esta razon seria *contingente* si se pretendiera aplicar al *deli-*

---

aplicacion práctica verán claramente eludidas sus sanciones, porque al criterio de los juzgadores repugna dar vida real á las reglas draconianas, inseparables del criterio radical de la escuela moralista. El Código toscano puede envanecerse de ser suficiente para las exigencias de la justicia, y de haber conservado despues de diez y seis años una vida práctica bastante para las necesidades de más de dos millones de habitantes, sin recurrir á aquella panacea, que desautoriza á la ley y traslada su cetro á las manos del juez. El Código toscano no admite atenuantes, y sin embargo sirve perfectamente, y áun mejor que otro cualquiera, á la justicia distributiva, porque derivados sus preceptos de la escuela ontológica, castiga *ménos* todas las veces que halla un *ménos* en el hecho, ya en relacion á la fuerza moral ya á la fuerza física del delito. Las *atenuantes* en el sistema francés, nada tienen de comun con nuestra teoría del *grado* en el delito. Cuando nosotros rebajamos la imputabilidad al impúbero, al ébrio, al que obra con violenta pasione al atentante, al cómplice y así de otros casos, no buscamos misericordia ó benignidad, sino que obedecemos rígidamente á la justicia; imputamos *ménos* á estos porque son *ménos* culpables, y son ménos culpables porque el hecho exterior que castigamos, representa un delito menor en sus fuerzas constituyentes, y porque no siendo lo mismo dos que cuatro, seria *injusto* proceder de otra suerte. Las atenuantes, por el contrario, se aceptan en la escuela por necesidad empírica, pero revelan siempre una herida á la justicia, porque aceptándolas, se dice, que en justicia, la pena debia ser de diez, pero place al juez (por consideraciones no definidas en la ley) reducirla á ocho. Es inútil, por lo tanto, toda disputa entre las dos escuelas en punto á las cuestiones secundarias del conato, de la complicidad y de otras. Trátase de dos sistemas radicalmente opuestos y absolutamente irreconciliables. Combatiendo la doctrina de la equiparacion en el conato y en la complicidad, no se impugna una solucion especial de un problema dado; se ataca todo un sistema, así de la una como de la otra parte. Nosotros creemos más verdadera

to frustrado, puesto que él mismo por su naturaleza suponga la ejecucion de tales actos, que de modo alguno no dejan al agente utilidad posible en el desistimiento:

---

jurídicamente la escuela ontológica; la consideramos más enlazada con el sentido moral de los pueblos, la estimamos como más apropiada á las necesidades de la justicia práctica; la miramos como la más apta para librar las penas en cuanto es posible del peligroso arbitrio del juez y de los legisladores. Para nosotros sólo los hechos externos caen bajo la mano de la autoridad social, y las condiciones internas de quien las ejecutó solo se han de tomar en cuenta con el doble objeto de descubrir en ellas el fundamento de la imputabilidad del agente, y un criterio regulador de la cuantía del delito cuando por efecto de las mismas se haga más grave la ofensa al derecho: al *individual* en cuanto ciertas condiciones interiores del agente aumentan el peligro de la víctima; al *social* si otras condiciones interiores del agente acrecen el espanto y el temor de los coasociados. Fuera de esto, la autoridad social, en el ejercicio del magisterio punitivo, no puede tener en cuenta la moralidad interna del agente; y mucho ménos atribuirse la facultad de castigar las fases internas del ánimo mediante un criterio que depende totalmente del estado interior, sin sufrir la influencia de aquella variedad, nacida de la variedad misma de los hechos exteriores en relacion con las fuerzas objetivas del delito. La escuela moralista acaricia lo bello de una idea abstracta, pero cuando pretende dar á su idealismo forma práctica en el foro, se encuentra necesariamente con las dificultades que surgen de la opinion pública, regulada siempre por el criterio de la exterioridad, y entonces, antes que mudar de sistema y pararse á juzgar los delitos como hechos exteriores, arroja el cetro legislativo y dice al juez: mide á tu arbitrio. Así la penalidad de la escuela moralista se pone á merced del acaso y del número, mientras la escuela ontológica la quiere siempre subordinada á criterios de rigorosa justicia. Abandonad las utopias draconianas y medid el delito y su imputabilidad con la norma de la ofensa al derecho, y dejad á Dios el juicio de la perversidad interna del hombre. El dominio de las almas sólo á él corresponde.

ni siempre cabe pensar en la posibilidad de renovar los actos ejecutados. No es, ni puede ser cierto, que los mantenedores de la disparidad partan únicamente de un principio utilitario, imposible en su aplicacion muchas veces. El error se hubiera descubierto con perfecta claridad al insigne magistrado, si hubiese consultado la obra notabilísima de su compatriota Ortolan, que con la habitual perspicacia y exactitud en él distintivas (núms. 994 y 995 del Curso de derecho penal), muestra, que para la disparidad en la tentativa concurren dos razones, á saber: la fuerza física subjetiva del delito es menor y es nula la fuerza física objetiva, mientras que en el delito frustrado solo concurre la segunda, pues en lo tocante á la fuerza física subjetiva ella es enteramente igual á la del delito consumado. Por donde se vé que la única diferencia se contrae á la falta del resultado. Pero áun esta razon por sí sola funda una desemejanza en la gravedad política del delito, considerada por el sábio profesor como bastante para disminuir la imputabilidad.

§ 176.

Finalmente, es vicioso el argumento derivado del supuesto absurdo en que (así se dice) se incurriria admitiendo á favor del culpable una disminucion de pena por efecto del caso fortuito impediente de la consumacion del delito, y es vicioso porque envuelve una peticion de principio. Cuando se habla de *disminucion*, de hecho se supone un delito en sus condiciones normales y completas, de modo que reducida la cuestion á indagar si debe

acordarse una *disminucion* al autor de delito frustrado, se da ya como resuelta en sentido contrario la primera cuestion, la verdadera, la única que puede plantearse: si el *delito frustrado* revela una *cuantidad* política igual á la del delito consumado.

§ 177.

Preguntando si puede admitirse *atenuacion* en el caso fortuito, es fácil persuadir á muchos de que no debe admitirse. Digo á muchos, no á todos, porque otros responderán, que como el caso de un resultado más grave, aunque no previsto, se estima á cargo del delincuente, así la ley de reciprocidad exige que á su favor se calcule el caso de un resultado menor, aunque tampoco lo hubiese previsto.

§ 178.

Pero la cuestion no se plantea en estos términos, de los cuales nace la peticion de principio. Ante todo, ha de resolverse si el *delito frustrado* visto políticamente, no tan sólo por su aspecto moral, presenta una *cuantidad igual* á la del delito consumado, extremo insoluble, si ántes no se determina cuál es el recto criterio segun el cual se aprecia la cuantidad política del delito.

§ 179.

La intuicion revela el artificio sofístico de los adversarios, al presentar el punto de la atenuacion como si se tratase de términos reconocidos *iguales*, mientras por nuestra parte sostenemos, la *desigualdad* en las fuerzas constituyentes del delito, y por lo tanto diferencia en éste. ¿Es ó no verdadero nuestro modo de ver? Si lo es, abadonemos al procurador de Chateu-Thierry las controversias sobre *atenuantes*, y afirmemos que lo menor se ha de *imputar* como menor, sin necesidad de atenuar lo más ténue de suyo.

§ 180.

Si la cuantidad política de los maleficios, siguiendo ciegamente el principio ascético, se quiere hallar en la malicia del culpable, el delito frustrado no perteneceria á la clase de los *imperfectos*, y será lícito entonces plantear la cuestion sobre si conviene ó no admitir una *atenuante*. Pero si fieles al principio político, hoy ya reconocido por todas las buenas escuelas modernas, en la medida de la *cuantidad* del delito se calcula (además del dolo que aumenta el daño mediato), principalmente la importancia del derecho ofendido con el delito, no es posible afirmar sériamente, que un hecho en el cual falta el resultado de la efectiva violacion del derecho, sea de cuantidad política igual á otro hecho, que produjo análogamente la lesion. Y si es desigual el valor político, no hay necesidad alguna de *atenuantes* para penar ménos.

se castiga ménos por la razon sencillísima de que el delito es menor; porque es menor en la fuerza objetiva, uno de sus elementos constituyentes. Los adversarios son los que á su vez, sienten la necesidad de hallar una *agravante* en el caso fortuito, pues parece de evidencia que para *imputar* un delito *menor*, *igualmente* que otro *mayor*, se necesita demostrar en el primero la concurrencia de alguna circunstancia agravante, la cual eleva su cuantía en la balanza política hasta equipararlo con el delito mayor.

§ 181.

Reduciendo esta disputa á su más sencilla fórmula, se pregunta: si en el delito frustrado se ha de mirar un delito *diverso* del consumado ó sólo una *fraccion* del mismo. Nosotros nos adherimos al pensamiento admitido hoy por las escuelas modernas (Jonge *de delictis, vol. 2, pág. 144, nota 1.ª*), recientemente sostenido por el sábio profesor Tolomei, que examinando la cuestion (*Elementos y estudios sobre el derecho penal*, Pádua. 1863, pág. 186), sostiene la diferencia entre delito intentado y delito consumado como diferencia de grado, no de *sustancia*. Opínese técnicamente como se quiera sobre este punto, en nada se modifica la solucion del problema respecto á la mayor ó menor imputabilidad proporcional del delito frustrado. Porque si se considera *delito diverso* en la *sustancia*, esta diversidad *sustancial* solo puede consistir en que en el un caso resulta un hombre muerto y en el otro no, lo cual basta para considerar menor el delito.

Y si, como nosotros creemos más cierto, en el delito frustrado ha de reconocerse siempre un grado, ó sea una *fraccion* del delito que se queria ejecutar, no son menester largas disertaciones para demostrar que la *fraccion* no puede ser igual al todo.

II.

COMPLICIDAD.

§ 182.

La *voluntad* y el *brazo* de un *sólo* hombre bastan para la comision de un delito: desde que la voluntad *determinó* y el brazo *consumó* el hecho transgresor de la ley, nada falta á la existencia de aquel.

§ 183.

Pero en el desenvolvimiento de los sucesos criminales no siempre aparece como única y aislada aquella *figura*; con frecuencia se agrupan á su alrededor otras personas, que contribuyen más ó ménos al suceso criminoso. De aquí la teoría de la *complicidad* derivada inevitablemente de la naturaleza de los hechos; esto es, de su susceptibilidad de recibir impulso de más de una inteligencia ó de más de una mano; de donde procede,

que los momentos constitutivos de la criminalidad de un hecho se dividan entre varios sugetos.

§ 184.

Uso de las palabras *cómplice, complicidad,* segun su orígen etimológico, y en sentido general comprensivo de todos los *delincuentes accesorios. Complex* es frase de la baja latinidad, ideada para dar nombre especial al complicado ó *implicado* en un delito, que otro consumó. Esta palabra fué desconocida entre los romanos.

§ 185.

Posteriormente, la emplearon los prácticos con sentido más especial para denotar un concurso *físico* en los actos precedentes á la consumacion, pero esto ocasiona confusiones y nosotros debemos ser claros en las nomenclaturas. Por lo tanto, usaremos de las palabras *cómplice* y *complicidad* en su sentido general comprensivo de todos los delincuentes *accesorios*; esto es, de todos aquellos, que *contribuyen* á un delito *consumado* por otro, participando en él de cualquier suerte, pero en grado suficiente á constituirlos más ó ménos responsables del hecho criminoso.

§ 186.

Cuando varias personas concurren á la comision de

un delito, ¿cuál de ellas será el *autor principal* y cuáles los delincuentes *accesorios*? Importa, ante todo, fijar bien la terminología, que ha de servirnos de vehículo para la comunicacion de las ideas. *Autor principal* es el que ejecuta el acto *físico*, en el cual consiste la *consumacion del delito*. Si *muchos* lo ejecutan, *muchos* serán los *autores principales*; todos los demás aparecen como delincuentes *accesorios*.

§ 187.

La ciencia no puede hallar otro criterio para definir al *autor principal* de un delito si no limita la nocion al autor *físico* del *acto*, que *consuma* la violacion de la ley. Para el juez constituido, podrá bastar una locucion compleja que abarque todos los casos unificables en la ley bajo el aspecto de la penalidad. La ciencia, sin embargo, requiere términos exactos correspondientes á la diversidad de momentos ontológicos para denotar con distintos vocablos la variedad en el modo de ser de estos momentos y aplicar á ellos rectamente las consecuencias jurídicas. Los jurisconsultos romanos, grandes y exactos maestros en el uso del lenguaje, equipararon á las veces cosas esencialmente distintas entre sí; pero al hacerlo conservaron siempre en el lenguaje las notas características de estas cosas diversas por naturaleza, ora variando las frases, ora agregándoles algunas partículas, que distinguian el uso propio del impropio. Los romanos jamás hubieran llamado *autor* del delito al *instigador* que nada *ejecutó* en el acto de la consumacion.

§ 188.

Puede un legislador considerar justo que alguno de los *còmplices* se iguale con el *autor principal* en la imputabilidad y en la pena, y así resuelta la cuestion expresará su voluntad de equiparar, dando á todos ellos el nombre de *autores*, cuya nomenclatura responderá suficientemente á las necesidades del derecho constituido. Pero la ciencia no puede suponer *a priori* resuelta cuestion alguna: ante todo ha de definir los entes, que son objeto de su estudio, y cuando en estos objetos de su indagacion halla condiciones naturalmente diversas, es indispensable señalar á cada uno con nombre distinto. Si despues los estudios llevan á identificar para ciertos efectos estos entes ya segregados, quedará la segregacion de los vocablos, porque es coetánea a la primitiva naturaleza de aquellos objetos, cuyo diverso nombre no será jamás obstáculo á la parificacion.

§ 189.

Así un legislador puede decir culpable de *parricidio* al matador de su padre *adoptivo*, pero la ciencia no podrá expresar esta paternidad civil con el mismo nombre de la natural, porque son dos cosas intrínsecamente diversas. Para ser *autor principal* de un delito es preciso haber participado directa y *materialmente* en las circunstancias constitutivas del momento de la infraccion, segun su definicion legal. La *responsabilidad* ó el grado úe ella no es lo que distingue al *autor* del *còmplice*; son

las condiciones *físicas* de la accion. Cabe ser autor de un *hecho* y no ser *responsable*, ó serlo *ménos* que el cómplice.

§ 190.

Llamaremos, pues, *autor principal* á aquel, que consciente y libremente ejecuta el acto material del delito, ó participa en él *materialmente*. Si ese acto se ejecuta por más de uno, habrá varios *autores principales*, porque en varios se da la nota característica; todos los demás son delincuentes accesorios.

§ 191.

Tambien se quiso dar la denominacion de *autor* al que imaginara el delito sin tomar parte en su *ejecucion* y se le llamó autor *psicológico*, para distinguirlo del autor *físico*. Pero el autor *psicològico* lo es de una *idea*, no de un *hecho*; por lo tanto, ante el derecho penal, que no aprecia la violacion de la ley sino por virtud del *acto externo*, mal puede decirse autor del *delito* al autor del *pensamiento* criminoso. El será la causa del delito, pero hablando con propiedad no puede llamársele *autor*, fuera de un sólo caso, es á saber: que el autor físico no haya obrado con libre y consciente voluntad. Entonces el *autor físico* del hecho, que es un mero *instrumento* de quien le impulsó á obrar, se equipara á la materia bruta; y quien de su cuerpo se valió es el autor del delito, lo mismo que si se hubiese valido de un palo, de una piedra ó de otra *materia* cualquiera. En estos casos no

existe *accion* criminosa en el autor aparente, porque si fué *obligado*, de su parte no concurre ni el *hombre interno*, ni el *externo*. Es *ejecutor*, no *agente* (1). Si procedió con ignorancia, si fué violentado, ó por otra cualquiera manera irresponsable, no concurre el hombre interior: será autor del hecho, no del delito, porque respecto á él ese hecho no constituye delito. El *agente* del delito es solamente aquel que emplea su propio brazo como instrumento. Pero el partícipe en un hecho, que otro *voluntariamente ejecuta*, solo puede ser *accesorio* de aquella figura principal, porque la *accion* criminosa procede de este, no del otro. Se ve, pues, con cuánta exactitud distinguieron siempre los criminalistas entre *autores* y *motores*. Sólo entre los modernos ha prevalecido la vaguedad de unificar los unos con los otros y comprender á los motores bajo la denominacion de autores (2). La ciencia no ganó, por cierto, en exactitud.

---

(1) La locucion italiana es la siguiente: *é agito non agente*, hasta cierto punto intraducible. *Agito* es participio del verbo *agire*, obrar. La idea que el autor quiere expresar se comprende perfectamente; su version á nuestro idioma parece difícil, y literalmente usada para mostrar el pensamiento del autor, seria impropia. Nosotros no decimos ni admitimos, que respecto á un hombre y tratándose de la accion de obrar, pueda emplearse el participio pasado, diciendo *hombre obrado*. Hubiéramos empleado la frase de *operario*, pero tampoco esta expresa el concepto del autor, que pretende determinar la condicion de un hombre ejecutando un acto por fuerza y sin voluntad de ejecutarlo. En la imposibilidad, pues, de traducir con frase castiza y propia el giro italiano, hemos preferido usar la frase *ejecutar*, explicando el motivo que á ello nos lleva (N. del T.)

(2) Wolthers (*de auctoribus, sociis et fautoribus in princip. et cap. 2, sec. I.*) distingue entre *autor indirecto* y *autor directo*,

§ 192.

Pero en cuanto á los modos de concurrir estos *accesorios*, son muy diversos. Recordemos que el delito se compone de dos *fuerzas* indispensables para constituirlo. *Fuerza moral* resultante de la intencion—*voluntad inteligente (nisus voluntatis ad delictum)*: *fuerza física* resultante del acto externo—*accion (motus corporis ad delictum)*. Es, por lo tanto evidente, que los *accesorios* podrán eventualmente hallarse ó en el elemento de la fuerza *moral*, ó en el de la *física*, ó en ambos. Luego debemos distinguir tres casos de semejante accesion. Primer caso: Concurso de *accion* sin concurso de *voluntad*. Aquí el accesorio se nos presenta como *causa física* del delito sin ser *causa moral* del mismo. Segundo caso:

---

locucion que conserva la vieja distincion científica; porque *autor indirecto* presupone un *autor directo*, del cual viene á ser naturalmente distinto. Schroter y Mittermaier distinguieron entre *autor* (*actore, thater facitore;* segun otros *autor físico*) y *motor* (*motor urheber*; segun otros *autor intelectual*). Pero como el delito se compone de la *idea* y del *hecho*, el autor de la primera no lo es más que de una parte del delito; quien hizo suya la idea y ejecutó el hecho reune en sí las dos fuerzas constitutivas del maleficio. Los italianos no vacilaron, hasta Mori, en limitar el nombre de *autor* al mero *ejecutor* del reato. Y si bien pensaron, que en tales casos la *causa moral* debia equipararse en la pena al ejecutor, no se nota por ello, que aplicasen el nombre de *autor* á la *causa* puramente moral del delito. Véanse Renazzi *elem. jnr. crim.*, lib. I, p. 1, c. 2, §§ 17-22. Para persuadirse que abandonando la estricta significacion ontológica de la palabra *autor*, y aplicándola á otra cosa que á la figura del que voluntariamente consuma el delito, fácilmente se llega á establecer una nocion arbitraria, basta observar que Wolthers estiende la denomina-

Concurso de *voluntad* sin concurso de *accion*. El accesorio reviste la condicion de *causa moral* sin ser *causa física*. Tercer caso: Concurso de *voluntad* y de *accion*. El accesorio es *causa física y moral* á un tiempo.

§ 193.

Al decir *causa* del delito, no entendemos por ella *impulso* criminoso, segun los secuaces de Romagnosi. El impulso es la *causa* de la *causa*, y está con el delito en relacion puramente *mediata*. Cuando digo *causa*, quiero significar lo que ha dado vida al *ente jurídico* llamado *delito*. Todo delito tiene una *causa moral*, que reside en la mente de quien lo ideó y quiso, y otra *física*, que está en el brazo ejecutor. Lo que induce

---

cion de *autores* á aquellos *qui consulto impedimenta tollunt*, y que Stubel los llamó tambien á los *qui remedia procurant, quorum ope ad illud parveniatur*. Por cuyo medio poco á poco todos los partícipes se convierten en autores del delito. Pero no ha de usarse la palabra *autor* en ese lato sentido cuando viene contrapuesta á la de *cómplice*. Meister, Kleinshrod y Tittman se fijaron para definir al *autor* en aquel que era la *causa* primera del delito. Henke, despues de aceptada esta fórmula, propuso comprender entre los *autores* á cuantos habian participado en el delito por un *medio propio*, y llamar *socios* á los concurrentes en el delito que no esperan ninguna ventaja particular. Semejantes fluctuaciones demuestran la necesidad de atenerse á los datos positivos de hecho, reconociendo al autor, en quien ha ejecutado los actos determinantes de la violacion del derecho. Ultimamente, si la *causa moral* del delito se imputa á las veces igualmente y áun más que la *física*, toda esta empeñada disputa sobre la expresion autor, quedará reducida á una verdadera contienda de palabras. Por lo que á mi toca, conservo el lenguaje antiguo á causa de su claridad.

á la una á *querer* y al otro á *ejecutar* el reato, constituye la *impulsion*, el *motivo*. Cuando la causa física y la moral residen en *diversas* personas, la impulsion criminosa, ó sea el motivo determinante de obrar, puede ser idéntica ó diversa en las dos *causas* del hecho criminal: pero siempre es una cosa distinta. La *causa* es la *fuerza*, que moral y físicamente da el ser al delito; la impulsion es lo que imprime el movimiento á dicha *fuerza*. La *causa* obra sobre el *delito*; la *impulsion* sobre la *causa*.

§ 194.

Es evidente, que el caso de la *violencia física* no encuentra puesto en la teoría de la complicidad, porque en el *obligado*, como despues demostraremos, *ejecutor* y no *agente*, no concurren ni la *voluntad* ni la *accion*. Es un instrumento pasivo y mecánico en manos del malvado que lo mueve. Este, lo he dicho antes, es el *autor único* del delito. Otro tanto acontece si el autor material del hecho es irresponsable por su edad infantil, á causa de demencia, ignorancia ó cualquiera circunstancia, que eximiéndole de responsabilidad ante la ley penal, lo pone fuera del círculo de los *partícipes* en el delito.

§ 195.

Obsérvase despues de lo dicho, que me aparto mucho de la vieja division de esta materia, en accesorios *ante delictum*, *delicti tempore* y *post delictum*, distin-

cion que multitud de nuestros criminalistas establecen como base de la teoría. Y precisamente lo hago, porque tomada como division general de la doctrina, no es verdadera; por el contrario, á mi juicio, ha involucrado el asunto en que me ocupo.

PRIMER CASO.

CONCURSO DE ACCION SIN CONCURSO DE VOLUNTAD.

§ 196.

Me anticipo á consignar, que en este caso no pueden resultar los términos de la *complicidad.* Ante la ley penal no cabe responsabilidad de un hecho en el cual no concurre la responsabilidad *moral.* Y esta no existe donde no se determina *intencion* encaminada al fin criminal. La complicidad no puede resultar de una convergencia eventual de hechos sin positiva convergencia de voluntades.

§ 197.

Tan óbvios son estos principios, que parece supérfluo plantear este primer caso de que se trata. Pero cuando tocamos al desenvolvimiento práctico, se revela muy luego la importancia de dedicarle especial atencion.

§ 198.

Este primer caso se descompone en *cuatro aspectos* diversos: 1.° *Intencion inocentemente distinta.* 2.° *Intencion criminal distinta.* 3.° *Intencion negativamente indirecta.* 4.° *Intencion imperfecta.*

§ 199.

PRIMER ASPECTO. *Intencion inocentemente distinta.* —Es el caso, en que el auxiliar material del delito ni lo preve, ni lo quiere, sino que desea *otra cosa de hecho inocente.* Es el amigo que presta la escopeta al amigo creyendo la usará para cazar. Es el cerrajero, que seducido por la honrada apariencia del comprador, hace una llave conforme á modelo, suponiendo extraviada la propia. Si con la escopeta se cometió homicidio y por medio de la llave un robo, los que tan eficazmente coad yuvaron á los delitos no por eso son cómplices, porque si concurrieron en la *accion* faltó el concurso de la *voluntad.* Análogo caso es el de la criada, que introduce en casa del amo por causa de amor á un hombre, el cual se aprovecha de la ocasion para robar ó matar al propietario. Podrá en algunos especialísimos casos de este concurso material surgir la cuestion de *culpa* ó de *transgresion,* pero siempre aparecerá como acto aislado subsistente de por sí. No como *complicidad,* pues falta la

convergencia de voluntades, y con ella el nexo jurídico necesario para constituirla (1).

§ 200.

SEGUNDO ASPECTO. *Intencion criminal distinta.*—Es el caso de quien ayuda á su compañero á consumar un delito creyendo que se cometia otro. Pedro ha asegurado la escala, mediante la cual Luis se introduce en la morada agena. Pedro creia que Luis robaria partiendo despues el botin; pero Luis lo ha engañado; nunca pensó en robar; su objeto era saciar una venganza. Penetra en la casa y mata á su enemigo dormido. Pedro es burlado respecto del robo, y aparece contra su voluntad complicado en un homicidio con premeditacion. Si os consulta, ¿qué respondereis? Le direis que confiese de plano, porque negando se expone á pasar injustamente por cómplice del homicidio. Confesando y comprobando como mejor sepa su posicion jurídica, no podrá imputársele de complicidad. Volvamos á los principios. Pedro tenia *intencion* de robar y ha *ejecutado* actos de hurto, idóneos para lograrlo, encaminados rectamente á él. Podrá ser reo de *tentativa de robo*, pues éste no se verificó por causa independiente de la voluntad de aquel. Surge de aquí el tema (en el cual me ocuparé despues) de la *tentativa de complicidad*: Pedro intentó hacer-

---

(1) Stubel en su *sistema de derecho penal*, § 384, fantasea asegurando, que la denominacion de *cómplices accidentaliter*, se aplica á quienes *inconscientemente* concurren al hecho criminal de otro. Schroter y Wolthers le contestaron á maravilla. Esto es hacer *calembours* en la ciencia.

se cómplice de un robo cuyo principio de ejecucion no se verificó, porque Luis nunca tuvo intencion de cometerlo. Pero si es inculpado por el delito de complicidad en el *homicidio* no podrá ser condenado, pues complicidad por la sola cooperacion material sin concurso de voluntad *específica*, es un absurdo legal. En vano se objetará, que Pedro quiso *un delito*; la voluntad enderezada *á un delito* no puede transformarse en *intencion* encaminada hácia *otro delito* no querido, sin desconocer la nocion elemental del *dolo.*

§ 201.

Esta doctrina, de otra parte, es incontrastable en delitos de *diverso género*. Donde sea cuestion de *mero exceso* en el *género querido* puede determinarse la responsabilidad á causa de la simple voluntad ejercitada sobre los *medios*. Pero es de notar, que ante la ley, semejante *diferencia* entre los *partícipes* en un delito y sus autores puede presentarse bajo aspectos distintos.

§ 202.

En primer lugar, dependerá de la vária *posicion* jurídica de la mayoría de los partícipes: de ello hablaremos despues al tratar de las *modificaciones accidentales* en las reglas ordinarias sobre imputacion de la complicidad. Puede presentarse, además, en relacion con la *persistencia en el querer*, de lo cual trataremos en último término.

§ 203.

Finalmente resultará de la *intencion originaria* de uno, no conforme á la intencion de otro. De esta diferencia hablaremos desde luego, porque nos lleva dercehamente á un *concurso* de *accion* sin *concurrencia de voluntad*, ó por lo ménos acompañada de *voluntad disconforme.*

§ 204.

Esta última razon de diferencia reviste todavía *tres* distintas formas: 1.ª La *divergencia* se contrae á los *resultados*; el uno, por ejemplo, queria *matar* y el otro *herir*. 2.ª Recae la diferencia sobre los *medios*; el uno queria servirse de un *palo*, el otro de un *puñal*. Hablaremos de estas dos primeras formas de divergencia, aunque en verdad conduzcan á establecer una distincion *originaria* en la *intencion*, cuando nos ocupemos en la materia de las *modificaciones*. 3.ª Finalmente, la divergencia se da en el *grado del dolo* respectivo; porque el uno obraba impelido de *justo resentimiento*, mientras el otro tenia su ánimo perfectamente *tranquilo*; ó el uno habia *premeditado* largo tiempo el delito, cuando el otro concurrente al acto de la consumacion por *súbito movimiento* de simpatía hácia el agresor, de antipatía contra el ofendido, ayudó eficazmente al delito.

§ 205.

En esta doble hipótesis surge el caso de *intencion criminal distinta*; pero bajo el segundo punto de vista la *intencion criminal distinta* no es causa de *exclusion*, sino motivo de *limitacion* de la complicidad y sus efectos, puesto que en realidad no se trata de diversidad de *sustancia*, sino de *grado* en la intencion.

§ 206.

Preséntasenos aquí una cuestion en la cual discrepan esencialmente los escritores y los prácticos. De no admitir como absoluto el principio de la *intencion criminal distinta*, cabe unas veces favorecer, otras perjudicar al justiciable. Si se acepta que al *cómplice no provocado* aprovecha la excusa del ímpetu justificada en el *autor*, que fué objeto de la provocacion, la *comunicacion* de la intencion *imperfecta* del autor á su cómplice, que la tuvo *perfecta*, aprovecha al acusado de complicidad (1). Si se pretende que al *cómplice provocado* deje de aprovechar la excusa porque el autor *no fué objeto de provocacion*, ó se sostiene que al *cómplice*, que obró *sin premedita-*

(1) Los antiguos examinaron esta hipótesis ideando el caso de un marido, que, sorprendiendo á su mujer en flagrante adulterio y sin resolucion para matarla por sí mismo, ordenase á su esclavo que lo hiciera y éste lo ejecutara en efecto. ¿Aprovechaba al esclavo la escusa del adulterio? Véase tratada esta cuestion difícil en la disertacion de Harpprecht, *diss. I, n.* 341

cion, daña la agravante de *premeditacion* aplicable al autor, acontece que la *intencion perfecta* y el *dolo de primer grado* en el autor comunicados al cómplice cuya intencion fué *imperfecta*, cuyo dolo resulta de *tercer grado*, dañan grandemente al acusado de complicidad.

§ 207.

Tengo por principio absoluto aplicable á las hipótesis indicadas la *incomunicabilidad* del *grado* de dolo en que respectivamente se hallan los partícipes. El principio, sin embargo, no es reconocido en general: tenemos empero pruebas de las terribles consecuencias que se producen aceptando ciegamente la comunicabilidad de la intencion y el grado del dolo de hombre á hombre. La ley francesa equipara en la pena al cómplice con el autor principal, y la jurisprudencia ha aplicado tan fiero principio con la más inexorable severidad. Por ejemplo, si alguno fué implicado en robo por otro ejecutado, suponiendo que aquel debiese cometerse ó fuese cometido sin alguna de las circunstancias que aumentan la cuantidad política, en tales ocasiones los tribunales reales de Francia decidieron alguna vez la irresponsabilidad del partícipe en las circunstancias agravantes en las cuales ni *física* ni *intencionalmente* tuvo parte. Pero á su vez el Tribunal de Casacion decidió el castigo igual del cómplice y del autor principal, mediasen ó no conciencia y voluntad (1). Necesidad tristísima impuesta á la jurisprudencia francesa por la seve-

(1) Véanse Baboux, *Lecciones sobre el cód. pen.*, pág. 433.— Molenes, *De la humanidad en la justicia criminal*, pág. 547.

ridad del precepto penal á cuya obediencia viene obligada. Pero es aún más exhorbitante estender al cómplice las agravantes derivadas del dolo. Recuerda Champy, en su docta disertacion *sobre la complicidad, París, 1861,* que años atrás fué decapitado un hombre por haber prestado su baston á un amigo, del cual este se servió para matar á su adversario. Declaró la sentencia demostrado, que el baston se prestó á condicion expresa y con promesa esplícita de hacer uso módico sin causar grave daño á la víctima. A pesar de estas declaraciones de hecho, quedó establecida la *complicidad* en el homicidio, lo cual es aceptable á causa de la teoría del *exceso*, que despues examinaremos. Pero se declaró tambien la complicidad *en la premeditacion*, cayendo en error. Por ello fué condenado como partícipe en el homicidio premeditado, quien no lo *previò* ni *quiso*, Contradiccion palmaria, pues la *premeditacion* es *circunstancia*, que en absoluto tiene su asiento en el *ánimo*. Aun admitiendo la responsabilidad del *autor*, no por lesiones premeditadas y homicidio instantáneo, sino por *muerte con premeditacion*, porque *sus hechos* posteriores mostrasen la *premeditacion de matar*, no la de *herir* solamente, lo cual es mucho conceder, de modo alguno era aplicable el mismo raciocinio al cómplice, sobre el cual se declaraba préviamente el *concurso de una voluntad positiva y contraria* al homicidio. Todos saben que no cabe *premeditacion*, esto es, querer reflexivamente, en lo que *no se ha querido*. La *firme resolucion de querer* lo *no querido*, es una monstruosidad ideológica. No hay interpretacion, siquiera sea judáica, capaz de justificar tales aberraciones ante el tribunal de la lógica y del sentido comun.

§ 208.

No quiero decir, sin embargo, que si el autor principal estaba personalmente ofendido por el muerto, v. g., un marido al matar á su mujer sorprendida en adulterio, la excusa de la provocacion ó del justo dolor se comunique al extraño, que en lugar de calmarlo, le presta con ánimo sereno y cruel eficaz apoyo en la mala accion: porque la *atenuante* reside de todo punto en el *ánimo*, y se motiva por su perturbacion. Entre *ánimo* y *ánimo* se da *participacion* por modo especial, esto es, á virtud de la *comunicacion* de *afectos* perturbadores, de *pensamientos* homicidas, de recíproca *concordia* en las determinaciones; pero aquella no nace de la mera participacion *material* en el hecho, la cual no unifica el *estado subjetivo* de los dos ánimos en toda ocasion. Si una causa justa exalta mi ánimo, no siempre la misma causa llega á exaltar el ánimo de mi cômplice: si un pensamiento de muerte influia friamente en mi ánimo, quizá de este pensamiento no participa aquel que lo rechaza y contradice; ó lo concibió tan rápidamente que se identifica con la accion misma. Bueno es que quien quiso los *medios* sin el *fin* sea responsable del *efecto no querido* si podia preveerse. Por ello, el que prestó el palo podia ser declarado partícipe en el *título* de *homicidio*, en el cual se incurre hasta por *dolo indeterminado*. Pero quien prestó el baston con intencion *determinada opuesta* al homicidio, no puede decirse responsable de *premeditacion*, ó sea *determinacion hácia* el homicidio. Aplicándole, esta agravante, se agregan

á la intencion del uno las condiciones propias tan sólo de la intencion del otro.

§ 209.

No exisie paridad entre comunicar el *hecho material* y la *intencion* más depravada de otro: el hecho se comunica, porque de él fué *causa*, si no autor, aun cuando sin voluntad determinada; no se puede comunicar la intencion, porque ella no se dió en el cómplice, ni este fué causa de la intencion del otro, antes bien tuvo una intencion *totalmente opuesta*. Estos y otros muchos errores parciales se evitarian si los tribunales, áun en presencia del mandato draconiano de la ley francesa, recordasen la justa nocion de la complicidad y el principio supremo de que la *imputabilidad moral* es precedente indispensable de la *política*; y no cabe *responsabilidad moral* por una circunstancia residente en el ánimo de otro, *desconocida* además, *imprevista* y no *querida*, ni tampoco es *concurrencia directa* de lo *previsto y querido*. Cuyo supremo argumento se resuelve á nuestro entender en la fórmula de *intencion criminal distinia*.

§ 210.

Para que esta verdad prevaleciese en el foro, no parece indispensable una reforma legislativa allí donde

subsista el cruel sistema de la equiparacion, de lo cual tengo además solemnes testimonios (1).

§ 211.

A pesar de lo dicho, para mí evidente, los criminalistas franceses y los belgas aceptan sin rebozo la regla contraria de la *comunicabilidad* de la *premeditacion* á quien *no premeditò*. Hoorebecke *de la complicidad, página 211*, se expresa así: *la circunstancia de la premeditacion deriva del hecho criminal. No se refiere á la cualidad de la persona; el còmplice responde de ella tambien y será castigado como asesino*, esto es, decapitado.

---

(1) Esta regla de la irresponsabilidad del cómplice sin premeditacion, en la premeditacion del homicida, fué sancionada dos veces por los tribunales del extinguido ducado de Lucca, en donde dominó el Código francés desde 1810 hasta 1848 sin las modificaciones sucesivamente introducidas en aquel reino. La Rota régia criminal y el Tribunal Supremo de Justicia repitieron en la causa contra los hermanos Mazzoni lo ya establecido en la causa de Pietri. En ambos casos se trataba de dos disparos premeditados. Uno de ellos con arma cargada de proyectil menudo, causó simples lesiones; el otro, con arma cargada de proyectil grueso, produjo la muerte. No resultando prueba de que quien disparó el arma causante de las heridas tuviese *conocimiento* de la carga de la otra, se mostraba con evidente claridad la *premeditacion de herir*, no de *matar*, como de hecho así aconteció. Resultaba, pues, cómplice sin premeditacion del homicidio, que con aquella circunstancia perpetró su compañero. En su consecuencia, decidieron los tribunales, que la premeditacion homicida del uno no era imputable al otro, el cual ni la habia tenido de *por sí*, ni la habia estimulado en su compañero. Eran los términos claros de complicidad con *intencion criminal distinta*, y así se resolvió.

§ 212.

Así establecido, era de necesidad lógica estender al partícipe, por justa correspondencia, hasta la provocacion bajo la cual obraba el autor principal. Si vale decir que el cómplice de un homicidio premeditado, aunque obrase por impulso repentino y con la sola intencion de herir, es siempre cómplice de *homicidio premeditado*, no puede ménos de admitirse que el cómplice del marido que sorprende á su mujer adúltera y la mata, es siempre partícipe de *homicidio escusable*, y que el marido, ordenando á su esclavo la muerte de aquella (escusable si él mismo la matase), se convierte á su vez en cómplice de *homicidio á sangre fria perpetrado*, pues el siervo obra sin razon alguna por ferocidad de ánimo. ¿Quién no echa de ver lo inaceptable de la doctrina?

§ 213.

Es notable, que la jurisprudencia francesa obra observando estrictamente el principio de la *incomunicabilidad*, cuantas veces se halla en el autor principal una circunstancia atenuante de la imputacion constitutiva de *intencion imperfecta*, ó una circunstancia *exclusiva* de *imputacion*, porque lo es de *intencion criminosa*; pero al cómplice en el cual no reconoce intencion imperfecta, aplica la pena ordinaria, aunque la minore respecto al autor principal, lo que guarda coherencia con los principios. Así en casacion de 17 de Julio de 1835 decide, que si bien el autor principal de una falsedad acredite

buena fé y resulte exento de imputabilidad, debe aplicarse la pena ordinaria de aquel delito á su cómplice, que procedió con dolo. En 21 de Abril de 1815 resuelve, que al cómplice del menor no aprovecha la intencion imperfecta del autor principal, y en 20 de Diciembre de 1832, que las circunstancias atenuantes declaradas en favor del autor principal no aprovechan al partícipe. Resoluciones justas en virtud del principio superior de que cabe la participacion en el hecho de otro sin tomar parte material en él, ó sin haber obrado materialmente en todos sus momentos, pero no en el *dolo* y *grado del dolo* resultante en el correo si en sí mismo no se muestran el *dolo* ó *idéntico grado de él.*

§ 214.

Se reconoce esta verdad cuando en uno de los partícipes materiales *falta de hecho el dolo.* Mas ¿por qué no reconocerla igualmente cuando en el partícipe se da un grado menor de dolo? El hecho será comun, pero el dolo es individual. Si yo, que no premedité el delito ni conocí la premeditacion en mi compañero, pero le presté ayuda, soy condenado á muerte, desconóceso mi *dolo particular* que no acarreaba la muerte, para imputarme el más odioso y fatal de mi compañero, al cual soy extraño y siempre ignoré. Blanche, *Estudio segundo del Còdigo penal, París, 1864, núm. 23,* sostiene, que el cómplice del homicida *provocado,* áun cuando él no lo haya sido, debe gozar del beneficio de la escusa acordada al autor. En verdad, para quien comunica la *reflexion* y la *premeditacion* era lógico comunicar tambien

la *turbacion* y el *ímpetu* de justo resentimiento. Pero ¿con qué argumento se razona esta doctrina en el caso opuesto? Con el mismo aplicado al otro caso. Oigamos á Blanche: *¿por qué la ley dulcifica la pena? Evidentemente por causa de las circunstancias de atenuacion inherentes al hecho criminal, que minoran su gravedad. La incriminacion misma se transforma, y por efecto de esta mudanza el castigo se modifica. Es necesario sacar la consecuencia respecto al còmplice y al coautor, que se aprovecharán de la disminucion de la pena, pues la gravedad del hecho de complicidad se mide por la del hecho principal.* Muéstrase aquí con clara evidencia la habitual confusion de ideas por no distinguir, la *cuantidad* del delito del *grado*, confusion á la cual no llega jamás quien observa cuidadosamente esta gran distincion de la escuela italiana. No es cierto que la provocacion *transforme* el *hecho*: el derecho violado es siempre el mismo. El provocador por serlo no ha perdido el derecho á la vida. Resulta un hombre muerto,. pero la lesion del derecho no se *diversifica* á causa de la provocacion. Se aminora, se *degrada* la imputacion, porque en ese delito, que siempre es homicidio, aparece una *fuerza moral subjetiva* inferior á la ordinaria, por cuanto la determinacion volitiva del matador fué violentamente acometida del ímpetu por justo resentimiento. No se castiga ménos porque el *hecho* sea más leve, sino porque el *individuo* revela menor *perversidad subjetiva.* La razon de atenuar no reside en el *hecho*, resulta del *estado del ánimo* del agente, lo mismo ni más ni ménos, que si el matador fuese un menor de edad á quien se le otorga escusa ó por causa del incompleto desarrollo de su inteligencia,

ó por virtud de la menor firmeza de voluntad (1). El *hecho* aquí tampoco se transforma; un hombre ha sido muerto por otro. Ni varía el título del delito. Pero una circunstancia individual convierte en excesiva la *imputacion plena de aquel acto* al indivíduo, que obró con intencion ménos *plena, imperfecta,* lo cual no impide la imputacion completa del hecho á cargo de su compañero, que obró con *dolo pleno* é intencion *perfecta.* Injusto fuera proceder de otra suerte como lo seria escusar al compañero del demente ó del ébrio por la enfermedad ó estado mental de éstos. ¿Y cómo? Yo abrigo ódio mortal contra Ticio; de larga data vengo expiando la ocasion de lavar mis manos en su sangre, pero temo á la enormidad de la pena que me amenaza. Lo encuentro un dia en la taberna en disputa con Cayo; observo que aquel dirige un golpe á éste, el cual aterrorizado se retira á un extremo; aprovecho la ocasion y me digo: Cayo ha sido provocado y yo me acojeré á su escusa. Me aproximo á él, le facilito un puñal, le repruebo su cobardía, estimulo su pasion y lo lanzo contra su agresor, ayudándole á matarlo. Y, ¿escaparé yo con poca cárcel? ¿podré decir á mis jueces que deben escusarme porque Cayo fué provocado? Para mí la *atenuacion* de la *imputabilidad* es siempre *individual*: ni modifica el *título*, ni transforma el *hecho*. La *cuantidad* del delito es la misma, sólo que en uno de los justiciables la *subjetividad* criminal presenta una fuerza degradada,

---

(1) Bertauld dice (*Seccion última, pág.* 440) con razon: la escusa no es comunicable al cómplice ni tampoco la inmunidad. (Le Seyller, *t.* 2, *n.* 685): se refiere al efecto de una justa indignacion.

precisamente la *fuerza moral.* Pues donde hallo degradacion, degrado; donde no la hallo no degrado.

§ 215.

En el tema opuesto de la premeditacion se refuerza esta palpable verdad con otras consideraciones. Ora disponga la ley genéricamente, que la pena del cómplice débase siempre igualar á la del autor principal, ora establezca una cierta proporcion entre una y otra, siempre será erróneo pensar, que semejantes disposicioaes impidan á los magistrados tener en cuenta los *diversos grados de dolo,* que se revelen en los partícipes. El error procede de confusion en los términos; no se trata de cuestion de *pena,* sino de *complicidad.* En el *título más grave* resultante del dolo especial del autor físico, no hay *complicidad* en el partícipe material. El autor principal cometia un *asesinato,* mientras el partícipe pensaba causar una *herida* ó á lo sumo un *homicidio.* No se trata de una circunstancia agravante no conocida, cuyo peligro corrió el cómplice, sino de un *título* diverso. No es cómplice de asesinato quien creia participar en un homicidio ó en lesiones, como no es cómplice de *estupro violento* el que abrió la puerta de la casa, en la cual el autor del delito le hizo creer que penetraba para verificar un robo en beneficio comun. Y no lo es por falta de *intencion* de participar en aquel delito, si bien creyese tomar parte en otro.

§ 216.

Todos los escritores, que mantienen la regla de la comunicabilidad de la premeditacion, se aferran tenazmente al argumento de la *individualidad del titulo*. Les parece repugnante aplicar á dos responsables de un mismo hecho dos *títulos diversos de delito*: al uno el de *homicidio*, al otro el de *asesinato*, como los franceses llamaron al homicidio premeditado. Pero la *disparidad del título* se revuelve contra ellos cuando la disputa se transporta sobre el campo de la intencion, porque si yo he querido cometer un *homicidio*, no he querido perpetrar un *asesinato*. Mi tésis se justifica al considerar la combatida *divisibilidad* entre el delito cometido por el uno y el querido por el otro. De otra parte, la regla de la *individualidad del título* no puede aceptarse como absoluta porque prueba demasiado. Si dos sujetan simultáneamente una doncella y el uno la maltrata con golpes y el otro la roba el bolsillo, estos dos, que recíproca y *materialmente* se han prestado auxilio, deberán ser imputados como autor de lesiones el uno, como reo de hurto el otro. ¿Qué valor tiene la regla de la individualidad cuando existe divergencia en el proceso criminoso?

§ 217.

Totalmente diversa es la cuestion planteada por los escritores, que examinaré en otro lugar, referente á dilucidar, si el extraño que conscientemente auxilia al doméstico en el robo ó al hijo en el parricidio, debe res-

ponder del título especial, que deriva de las cualidades personales del ejecutor del delito. No se trata aquí cuestion alguna de *cualidades personales*, sino de *intencion*, de *dolo*, y sobre la cuantidad de éste no se puede transigir en buena justicia; el dolo no admite *comunicacion* de persona á persona. Cada cual ha de responder en más ó en ménos del delito, segun la *cuantidad* de dolo querevela.

§ 218.

Procediendo segun opuestos principios, hé aquí el absurdo á que nos vemos conducidos. Supongamos que Ticio acometió con alevosía y premeditacion á su adversario para matarlo; confiado en sus fuerzas pretende estrangularlo. Interviene Cayo, que tenia enemistad con aquel infeliz, é inspirado momentáneamente, apercibido de la lucha piensa aprovecharla y se precipita tambien sobre la víctima. ¿Qué hará Cayo en tal estado de su ánimo? Si ha sujetado el brazo de la víctima y ayudado de esta suerte á Ticio á estrangularla, es cómplice sin premeditacion de un homicidio premeditado. Le comunicais el dolo de propósito de Ticio; le declarais cómplice de asesinato, y le condenais á muerte juntamente con el autor principal. Por el contrario; si Cayo en aquel estado de ánimo ha blandido un puñal y con reiterados golpes ha muerto al adversario, él es entonces ***autor principal*** de un homicidio simple. El es el homicida, y en relacion á él se define el título del delito. La falta de toda especie de premeditacion nos lleva á imponerle la pena de simple homicida. De esta suerte Cayo, segun la

doctrina francesa, es de mejor condicion siendo matador, que prestando ayuda y estimulando á su compañero. Ahora bien; ¿cómo no encontrar absurdas y repugnantes moralmente semejantes consecuencias?

§ 219.

A estos resultados conduce el olvido de aquel principio inconcuso: el hombre es responsable de la violacion de un derecho por virtud de la intencion injusta, y no puede ser responsable sino en la medida y proporcion adecuadas á la mayor ó menor intensidad de su dolo. Estas verdades son ya indiscutibles en la ciencia; las he defendido en el foro bajo el imperio del Código francés, y por virtud de ellas tuve el consuelo de sustraer dos víctimas al brazo del verdugo.

§ 220.

La opinion sostenida es doctrina comun entre los prácticos: véanse J. Böehemer *ad Carpzovium, par. 1.ª, quœst. 25, obs. 2* (1). Salvo el respeto debido á los crimi-

---

(1) Los tribunales del imperio austriaco proceden tranquilamente apoyados en esta regla, distribuyendo la criminalidad á medida de la *intencion* respectiva de los codelincuentes, sin cuidarse del materialismo de la supuesta regla de la *individualidad* del título. Consúltese la resolucion del Tribunal Supremo de Justicia de Viena en 6 de Junio de 1860 que refiere *El Eco de los Tribunales*, núm. 1.418. Una criada habia hurtado un billete de Banco de cien florines y lo entregó á su madre suponiendo habérselo encontrado en la calle, y la madre bajo tal creencia se

nalistas franceses, tengo como apodíctica la regla de la *intencion criminal distinta,* la cual en casos congruentes ha de considerarse ó como circunstancia *eximente,* ó como *limitativa* de la complicidad.

§ 221.

TERCER ASPECTO. *Intencion negativamente indirecta.*—Se lee repetidamente en todos los institutistas de derecho penal, que en los hechos nacidos de *culpa* no se da complicidad. En la práctica claudica el principio

---

lo apropió. Cuestion alguna se produjo en cuanto al título de hurto respecto á la hija, pero sobre la punibilidad del hecho de la madre y título aplicable al mismo se suscitó grave contienda, que recorrió toda la escala de los tribunales. La doctrina francesa no hubiera vacilado: la madre habria sido declarada cómplice de hurto propio, áun cuando hubiese creido participar tan sólo del hurto impropio de cosa hallada. El procurador del Estado en Viena se obstinó en sostener ante todos los grados jurisdiccionales la irresponsabilidad de la madre. Segun los argumentos sutiles, á este propósito aducidos, la madre no era partícipe del hurto propio cometido por su hija, porque no tuvo conocimiento de tal delito, y no podia decirse partícipe del hurto impropio porque ese delito no existia, aunque ella creyese lo contrario. La primera conclusion es procedente sin reparo alguno. En cuanto á la segunda, fué rechazada unánimemente por todos los tribunales ante los que se adujo, y la madre castigada como cómplice de hurto impropio. Reputaron que existia un delito, si bien de diverso título y más grave del que la participante habia imaginado; apreciaron en ella una intencion criminal. De modo, que si el error respecto al título verdadero podia variar su responsabilidad, no bastaba para cancelarla. Paréce-

en algunas ocasiones. ¿Se equivoca la práctica? ¿Es falso el principio? Ni lo uno, ni lo otro. El principio es absolutamente verdadero, y mientras se pretenda fundar la acusacion bajo el punto de vista de la *complicidad*, es expuesto á dar con el escollo y naufragar, porque no se puede establecer complicidad en un hecho no *previsto ni querido*. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como *autor principal* de un hecho subsistente de por sí y que *individualmente* considerado haya de penarse como *culpable*.

---

me, por consiguiente, que esto constituye una aplicacion práctica de la teoría sobre la intencion criminalmente distinta.

Otro caso del mismo género fué juzgado en Lóndres con sentido más ámplio. Puede consultarse en el *Disgesto del jurisconsulto* de 23 de Enero de 1864, pág. 56. Cierta jóven embarazada pidió á su amante una dósis de sublimado corrosivo, haciéndole entender que así procuraria el aborto. El amante la proporcionó, la jóven murió de sus resultas, y aquel acusado de complicidad en el envenenamiento fué absuelto, porque áun cuando la jóven hubiese tenido intencion de matarse él no lo sabia, creyendo, por el contrario, que la sustancia sólo servia para procurar el aborto.

La divergencia es patente: mientras los tribunales de Viena apreciaron la intencion criminalmente distinta para reducir el título del delito á los límites preconocidos del cómplice, aunque no verdaderos, el tribunal inglés apreció aquella para eliminar toda imputacion; esto es, la del hecho cierto, porque no fué conocido, y la del hecho imaginado y creido por el cómplice, por no cierto. Sea lo que quiera de esta divergencia, no es ménos evidente que ambas jurisprudencias convergen en el principio fundamental opuesto á la doctrina francesa, cuyo principio no admite participacion en un delito imprevisto y desconocido, por más que lo fuera otro diverso y se hubiera procurado cometerla.

§ 222.

Recordemos la teoría de las causas *mediatas* é *inmediatas* en los hechos *culpables* (1). Pedro vuelve de casa, penetra en el café y allí deja su escopeta cargada: este es un hecho imprudente. Luis, que ha entrado en el café, se pone á examinar el arma, la ha montado, y sin más cuidado, la vuelve á colocar donde estaba. Hé aquí otro hecho de imprudencia. Cárlos, que se ha reunido á ellos, toma la escopeta y la coloca en direccion á los circunstantes. Tercera imprudencia. El gatillo baja, la bala sale, y mata á un hombre. Este es el homicidio culpable: nadie abriga dudas sobre la responsabilidad de Cárlos; cometió una culpa, y fué causa *inmediata* del homicidio. ¿Podrán Pedro y Luis ser castigados como cómplices del mismo? Si la acusacion se formulase en estos términos, no prosperaria. No es admisible la *complicidad* sin la concurrencia de voluntad criminal, y aquí esta voluntad ni áun en el autor principal se revela. Y variada la hipótesis, aunque el autor principal fuese responsable de dolo, volveríamos á lo mismo respecto á los otros dos, que cayeron en simple culpa. Por este lado nada tenian que temer.

§ 223.

Pero ¿Pedro y Luis están exentos de toda inculpa-

(1) No debe olvidarse lo que el autor llama hechos *culpables*, en contraposicion á los *dolosos*. (N. del T.)

cion? Esto depende de la cuestion, en otro lugar debatida, sobre la responsabilidad de las *causas mediatas* en los hechos culpables. Admitido que la responsabilidad se estienda á las causas *mediatas*, se podrán imputar á Pedro y á Luis sus respectivos hechos, como actos que *por sí mismos* constituyen un delito derivado de culpa. Pedro, al dejar la escopeta en el sitio, fué *causa* física *(mediata)* del triste acontecimiento: aquí hay ya *materia*, que sirve de base á la imputabilidad. Podia haber previsto las consecuencias peligrosas de abandonar el arma y voluntariamente dejó de preverlas. Aquí aparece lo *formal* de la culpa. Otro tanto puede decirse del hecho de Luis. Pero si por tales fundamentos son castigados uno y otro con ocasion del hecho de Cárlos, no lo serán como cómplices de éste, ni como partícipes en su cuasi-delito: quien vulgarmente argumentase de esa suerte, cometeria error. Serian castigados porque en sus hechos aislados existen todos los elementos de una *culpa*, cuyos autores son políticamente imputables si el acontecimiento siniestro se realiza. Tan cierto es, que en la causa *inmediata* podia darse una culpa leve, y en la *mediata* acaso resulte grave: y áun puede acontecer, que la causa *inmediata* no merezca imputabilidad, que ella misma sea la *víctima* del hecho, y la causa *mediata*, sin embargo, sea objeto de imputacion, como en su lugar demostraré.

§ 224.

Véase el sentido en que los *partícipes* del hecho *culpable* pueden ser responsables sin que por ello se con-

tradiga el principio constante y racional de la inadmisibilidad de los *còmplices* en los hechos nacidos de *culpa.* Tittman, sutilizando demasiado ideó, que podia encontrarse *complicidad culpable* en aquellos hechos en los cuales se *prevée fácilmente* la realizacion del delito. Pero llegado el caso de concretar su fórmula, pone el ejemplo del que entrega un arma al hombre, que furiosamente persigue á su adversario. Bien poco se necesita para demostrar lo absurdo de la tésis por medio del ejemplo mismo. Cabe afirmar que quien facilitó el arma preveia que se emplease para herir, y entonces ha de estimarse como querido lo mismo previsto, pues se ejecutó nn hecho capaz de producirlo. Podrá originarse cuestion, segun la naturaleza del arma suminístrada, sobre el *dolo* determinado al *homicidio*, ó solo á las *lesiones*, pero el dolo existe en cualquier caso, porque seria muy aventurado suponer intencion inocente en qnien facilite el puñal á un hombre, que furioso corre tras otro. O por las circunstancias del caso no cabe afirmar prevision del empleo dañoso del arma de parte de quien la facilitó. Tampoco aquí se da la *complicidad*, porque esta no existe sin voluntad rectamente enderezada al fin, y voluntad *directa* es inconcebible sin prevision *actual.*

§ 225.

La jurisprudencia francesa ha resuelto con repeticion en el sentido de que no basta la coeficencia actual si no fué explícitamente prevista y querida. Véanse Legraverend, 1. 6., sec. 1.ª, 52.—Carnot, *Cod. pen. sobre el art. 60*, núm. 20.—Chateau y Helie, Teoría *del Cod. pen.*,

t. 2, pág. 115.—Tribunal de Casacion de Francia en 12 de Setiembre de 1812; 4 de Febrero de 1814; 18 de Mayo de 1816; 10 de Octubre de 1816; 26 de Setiembre de 1817; 17 de Mayo de 1821; 26 y 27 de Setiembre de 1822; 16 de Junio de 1827; 2 de Junio de 1832. No se opone á esta teoría la decision del Tribunal de Casacion de 8 de Setiembre de 1831, ni los juicios aparentemente contrarios de Morin (*Diario Criminal*, vol. 35, pág. 66), y de Chaveau *(tom. 5. pág. 488)*, porque se refieren á un hecho imprudente, no de mero auxilio para el delito de otro, sino *causante en sí mismo* de la consecuencia ofensiva del derecho. Por ejemplo, si dejo un mueble en medio de la calle, y Ticio al transitar tropieza con él, cae y se rompe un brazo, seré por mi contravencion imprudente castigado á causa de *lesiones* por culpa, no porque yo sea cómplice de Ticio, el cual, léjos de ser autor de delito, resulta el paciente, siendo *yo solo el autor* en cuanto ejecuté con imprudencia un *acto*, que constituye el *impulso* ó la causa más ó ménos *mediata* de la lesion.

§ 226.

Se concibe con perfecta claridad, que el *autor* del delito no es el *instrumento* del mismo, y que el hombre, respecto de la imputacion penal, es *instrumento* cuando no resulta responsable. Sea en buen hora autor del *hecho*, causa inmediata de la lesion del derecho, mas no por ello es *autor del delito*; el cual halla su *sugeto activo primario* tan solo en quien, mientras ejecuta un *acto externo* causante de la lesion, concurre con la voluntad que lo constituye responsable, bien por razon de dolo, bien por motivo de negligencia.

§ 227.

Tambien el Tribunal de Florencia declaró en un caso particular la comunicabilidad de la culpa. Era caso cierto de *correos*. Tratábase de dos jóvenes, que arrastrando entrambos un cabriolé, hirieron á un transeunte. No fueron responsables el uno por el hecho del otro, sino cada cual por el suyo propio. Es cuestion de fórmula: pero la diversidad de fórmula se convierte en esencial por la posible aplicacion á las varias *formas* de complicidad. El *concurso moral culpable* es un concepto imposible. Se concibe un hecho *material* y es concebible un *impulso moral imprudente*, que coadyuvan al hecho ageno doloso, culpable y áun casual y desgraciado, que no sea imputable al autor. Pero cuando estos hechos se penan, no se castiga un cómplice, sino al autor de aquel hecho como *tal autor de él.*

§ 228.

Atengámonos á la fórmula magistral de Trebutien: *la complicidad es real, no personal* (1.ª sec. 19). Se enlaza con el hecho *material* contrario al derecho, y no con la persona que lo ejecuta. Pero aunque esta conexion *material* sea necesaria para constituir la complicidad, no siempre basta á dar vida al concepto jurídico. Para ello es indispensable la *relacion ideològica*, en lo cual se funda el concepto jurídico de la *complicidad*. Cuando falta *criminalidad principal* ó la *relacion ideológica*

entre el hecho del pretendido cómplice y el del autor principal, ¿qué nos resta? Un hecho *aislado* justiciable en su caso como *principal.*

§ 229.

El que instiga al suicidio no representa criminalidad en el hecho principal, ni puede decirse cómplice de lo que *no es delito.* Responde de *su hecho* propio, del cual es un *resultado* el hecho principal. A la complicidad le falta el elemento *jurídico* de ser *conexa* con un *delito.* El autor de un hecho *imprudente* puede haber ocasionado un *hecho* principal dañoso de diverso género, á saber: 1.° no criminal; 2.° criminal por culpa; 3.° criminal por dolo. En el primer caso falta el enlace jurídico con un delito: en los otros dos se nota el defecto de la *relacion* ideológica indispensable para la *complicidad.* Juzgado aquel hecho segun sus condiciones especiales, el hecho del otro no representa más que el *suceso,* el *resultado,* un *efecto* consecuencia del primero.

§ 230.

De otra parte, claro es, que si se admitiese *complici-add por culpa,* llegaríamos hasta el absurdo: porque debiendo medirse la pena del cómplice por la del autor principal, como el autor responsable de dolo podia merecer hasta los trabajos forzados, el pretendido cómplice sufriria el criterio de esta pena, de donde resultaria, que si el *imprudente* fuese él mismo *autor* del hecho ofensivo, seria ménos castigado que quien no lo fuese,

por haber accidentalmente coadyuvado al hecho ageno, lo cual manifiestamente repugna.

§ 231.

Conviene resumir en breves frases. La teoría sutil relativa á *este tercer aspecto*, no puede desenvolverse completamente, siendo inevitable cierta confusion de ideas en muchos casos, si no se relaciona con el *segundo aspecto* antes examinado. De hecho, cuando se propone genéricamente el problema de la *complicidad en la culpa*, afluyen á la mente multitud de consideraciones, que se entrelazan unas con otras fácilmente y engendran confusion. Para concretar la regla es de necesidad meditar distintamente sobre cada una de esas formas á causa de la enorme disparidad que revelan.

§ 232.

Presentemos varias hipótesis, de las cuales surge la oportunidad de la indagacion 1.ª *Principal* (autor) *culpable* y *accesorio* (pretendido cómplice) tambien culpable. Tales son los términos del *caso simple* antes estudiado, sobre el cual sostengo, que es un solecismo jurídico hablar de complicidad. Todo ejecutor singular de un hecho, que en sí mismo *cause* el resultado transgresor del derecho, debe juzgarse tambien en sí mismo. 2.ª *Principal no imputable* y *accesorio culpable*. Igualmente resulta inaceptable la relacion jurídica de complicidad. No hay cómplice de un inocente. Si el *imprudente*; que fué causa del hecho, no pudiese ser castigado más que como

accesorio, seria inevitable la impunidad de aquel descuido. He tomado la sustancia venenosa puesta en mi mano por negligencia de otro, y muero. Si hay delito, yo soy la víctima, no autor de aquel. Y el delito existe: es un delito de culpa por parte de quien dejó de tal suerte la sustancia homicida en manos de otro. En este delito, el *imprudente* ha de ser juzgado como *autor* y su *hecho* juzgado en sí mismo. Lo que se hace cuando yo mismo y en mi daño he tomado el veneno, debe hacerse igualmente cuando yo por una segunda imprudencia lo haya facilitado á otro, dando el ser de tal manera al segundo hecho culpable, que así mismo ha de juzgarse independientemente. La justicia quiere que uno y otro hecho se juzguen con separacion, porque yo puedo háber incurrido en culpa leve ó levísima (ó ser irresponsable) al facilitar aquella sustancia á un tercero, y puede el primero que la facilitó caer en culpa latísima. 3.ª *Principal culpable y accesorio con dolo.* Yo dispuse el veneno á la vista y con tal traza, que la criada lo tomó por sal y envenenó á sus amos. Supongamos, que en el hecho de la criada se reconozca una imprudencia: es un hecho justamente punible, pues en él concurren los dos elementos de *culpa* y *hecho dañoso*. Pero nadie, aunque yo aparezca materialmente como *accesorio*, me reputará cómplice de ese delito culpable, sujetándome á tan benigna medida. Es indispensable aquí rechazar toda idea de complicidad, porque al absurdo lógico de buscar complicidad donde no existe relacion ideológica, responde (y el imperativo lógico así lo quiere) un absurdo jurídico. 4.ª *El principal con dolo, el accesorio culpable.* Yo, por imperdonable negligencia, dejé el veneno á la vista; otro, con intencion depravada, usó de él

para matar á un tercero. Es, pues, sin duda alguna autor de envenenamiento. A éste sirvió de ayuda mi negligencia, sin la cual no se habria cometido el delito. ¿Seré yo *cómplice* de envenenamiento, y á causa de mi imprudencia sufriré la muerte? Nadie osará sostenerlo. ¿Seré autor dal envenenamiento? Imposible. Ni lo uno ni lo otro. Seré autor de un hecho imprudente, causa de una ofensa al derecho no prevista por mí, aunque debí preverla. Este hecho imprudente deberá juzgarse en sí mismo, segun sus propias condiciones y con peculiar medida.

§ 233.

Bajo cualquier aspecto en que se considere, la culpa no puede originar la nocion de la *complicidad* con un hecho de otro, sea éste culpable, sea doloso, sea inocente. La culpa puede ser juzgada y castigarse como hecho aislado. No se enlaza con los hechos agenos sino para fijar el resultado dañoso, que es el *elemento material* de la imputabilidad de la culpa: el *elemento moral* ha de hallarse en ella misma, y segun él graduarse la responsabilidad. En aquel se estima la *cuantidad* del delito culpable midiéndole por el *daño inmediato*. En ésta se aprecia su *grado* midiéndolo por la gravedad de la *negligencia*.

§ 234.

Así, por medio de tal conclusion y de los anteriores ejemplos, llego á un desenvolvimiento más ámplio del

segundo aspecto y completo la demostracion de que no puede haber complicidad donde existe *intencion criminal distinta.* La intencion es criminosamente distinta en los tres casos posibles de divergencia; es decir, por divergencia de *direccion* en cuanto el uno tienda á determinado delito y el otro á delito diverso; por divergencia en el *grado del dolo* si en uno se da la premeditacion y en el otro el movimiento repentino ó el justo resentimiento que escusa; por divergencia intrínseca en el *elemento moral,* si el uno es por dolo y el otro por culpa. Siempre habrá divergencia en la moralidad de la accion y deberá reflejarse en la imputacion. La máxima *á cada uno, segun sus obras,* no siempre es verdadera en derecho penal, sobre todo cuando han de tomarse en cuenta hechos de otro. Por el contrario, debe ser absoluta esta otra: *á cada uno, segun su perversidad,* porque si la gravedad del hecho es el tipo determinante de la *cuantidad* política del delito, la moralidad del agente es el tipo sobre el cual se constituye la responsabilidad individual en primer término, y en segundo se modifica, se mide y se gradúa. Principio eminente de verdad moral y lógica al propio tiempo, que no puede ménos de dominar en la ciencia y triunfar en la práctica; fuera de aquellos países en los cuales un fatal precepto legislativo lleno de ferocidad draconiana, veda á la razon prestar homenaje á los cánones supremos de la justicia.

§ 235.

CUARTO ASPECTO. *Intencion imperfecta.*—Tambien en este caso se enseña generalmente, que en los delitos

llamados de *ímpetu* no puede existir *complicidad*. La razon de ello consiste en la imposibilidad de concretar en los hechos impetuosos, á causa misma de la exaltacion de los afectos, una voluntad *dirigida* precisamente á un fin, pues esto exige la calma del raciocinio. Sustancialmente, las razones por las cuales se excluye la complicidad en los hechos de ímpetu son análogas á las que determinan la exclusion de la tentativa.

§ 236.

Pero esta proposicion, tratándose de delito perfecto, no es aceptable incondicionalmente. Porque entre la complicidad en un delito llevado á su término por otro y la tentativa, existe esta diferencia: faltando en la tentativa el *suceso*, que revele la *idea* del agente, queda ésta á los ojos del juez en la esfera de los hechos conjeturales; mientras que en la complicidad referente á un delito consumado, como se da el suceso éste, puede á las veces suministrar la prueba explícita y positiva del agente, aunque sea *accesorio*.

§ 337.

Tratándose de complicidad conviene no confundir los hechos de verdadero *ímpetu* con los de instantánea resolucion. Es evidente, que la regla indicada marchará de acuerdo con la razon en que se funda, en las acciones ejecutadas por movimiento instantáneo producido merced al influjo de violenta pasion. Pero no siempre será sostenible, que excluida la *deliberacion* en el hecho, se excluye

tambien la *complicidad*; pues fácilmente se comprende, que áun en los casos de súbita resolucion puede haber *concierto acerca del acto*, en virtud del cual varias personas cooperen á él todas con *positiva* voluntad convergente á obtener un fin determinado.

§ 238.

Nótese además, que tampoco en los verdaderos casos de *ímpetu* parece la complicidad jurídicamente repugnante, sino que la prueba de ella será tan difícil, que raye casi en lo imposible. Una cosa es la *dificultad* de probar una determinada *condicion jurídica*, y otra que esa *condicion jurídica repugne* á la ciencia. Bajo este aspecto seria erróneo impugnar en absoluto la posible *complicidad* en los actos de riña, y en general en todos los de ímpetu.

Se han recibido como absolutas ciertas proposiciones en nuestra ciencia, porque estudiadas bajo la preocupacion de un caso, con el cual exactamente cuadraban, no se advertia la posibilidad de otros análogos en los cuales militase distinta razon, resultando de aquí falaz la regla. Así la máxima de la *ley si in rixa, 17, ff, ad leg. Cor. de sicar.*, es indudable aplicada á actos *disgregados*; puede ser falaz aplicada á *actos* directamente *coeficientes*. Si imaginamos dos, que por instantáneo movimiento se lanzan á maltratar á otro, justo será que cada uno de ellos responda de sus propios actos y no se hable de complicidad, pues ambos tienen el *propósito* de desfogar su *propia ira*, no el de *coadyuvar* al hecho del otro. Por el contrario, si uno de aquellos

dos ha sujetado al adversario con férrea mano, gritando al compañero: *dá, que yo lo tengo*; si en riña uno ha suministrado á otro el arma homicida; si mientras varios riñen uno excita de palabra á cualquiera de ellos para que hiera, ¿se dirá, por ventura, que á causa del ardor furioso que los cegaba no hay entre ellos complicidad, y que quien sujetó, quien dió el arma, quien excitó, no participa de la responsabilidad del que hirió? (1).

---

(1) Ponen como ejemplo los prácticos esos tres casos referidos para determinar la complicidad en riña, en los cuales enseñaron la limitacion de la regla de Paulo sobre la *ley ult. ff. ad leg. Cor. de sicar*. Pero áun esos casos sólo ofrecen cierta *posibilidad*, que cesará cuando especiales circunstancias muestren una voluntad diversa en el pretendido cómplice. El que presentó el arma pudo tener intencion contraria: por ejemplo, yo tenia una escopeta; luchando con el adversario, á quien no queria matar, la entrego al compañero para usar sólo de mis medios naturales, y prosigo la lucha valiéndome de las manos; entre tanto el compañero se sirve de la escopeta para matar al adversario comun. Pues aquí desaparece la presuncion del primer caso, porque yo me desprendí del arma precisamente con el fin de evitar la muerte. El que sujetó al adversario comun lo hizo porque armado éste pretendia matarme; mi compañero lo sujetó para desarmarlo é impedir los efectos mortíferos; entre tanto otro lo mató. Convendrá mucho evitar aquí la metamorfosis de una intencion benigna en otra depravada, sin lo cual la presuncion del segundo caso debe cesar. El que excitaba á los combatientes se limitó á decir: *Dadle firme*, porque veia á todos pelear con las manos. Pero sin él saberlo uno de aquellos usa el puñal y mata. La excitacion se contraia á los golpes, no á las heridas, luego será de justicia, que la presuncion de complicidad relativa al *homicidio* acontecido, cese tambien en el tercer caso. Encuanto á este último, es indudable, que cuando concurran los caractéres de la complicidad, ésta se verificará, no por el mero concurso de la *voluntad*, sino por el de la *accion*, por la circunstancia de la *presencia material* en el acto consumativo, como explicaremos despues al tratar de la *presencia* en el

Evidente es la inaplicabilidad de la regla donde desaparece la razon de ella. ¿Acaso no cabe, áun en la mayor exaltacion de la pasion, cometerse un mandato, que haga al mandante partícipe de la responsabilidad del sicario?

§ 239.

Puede decirse con mayor exactitud, que el dolo de ímpetu hace *presumir* la concurrencia de *voluntad* acompañando al concurso de *accion* (1); cuya presuncion vencerá siempre mientras no se ofrezca una manifestacion *explícita* de voluntad, que no deje dudas sobre el concurso intencional del uno en el hecho del otro. En una palabra: la regla no está en el *dolo impetuoso*, sino en la falta del *concurso de voluntad.* Si este se verifica á *pesar de aquel* de un modo *cierto, directo y positivo*, la regla calla. En tal sentido, parece oportuno, que el caso de los delitos de *ímpetu* se contenga en esta primera categoría como aspecto ó figura de concurso

---

delito como acto corporal capaz en ciertos casos, de producir, complicidad, y de la *palabra* como capaz de constituir *concurso de accion.* He querido hacer estas advertencias para mostrar lo peligroso de establecer una regla general absoluta sobre ejemplos porque las circunstancias todo lo modifican. El principio absoluto de la ciencia es uno solo: no cabe complicidad en el delito de otro, si no concurren *eficiencia* y *voluntad explícitamente* manifestada.

(1) Los escritores franceses expresan este punto en la doctrina diciendo, que deben distinguirse los *correos* de los autores *simultáneos* del delito: Bealieu *de la complicidad en derecho romano y en derecho francés, pág.* 138 *y sig.* La diferencia de los primeros respectp de los segundos está en el acuerdo, ó sea el concurso de voluntad.

de *accion* sin concurrencia de ***voluntad***, porque ***presuntivamente*** así es.

§ 240.

Hasta aquí las explicaciones del primer *caso*. Lo he presentado bajo un solo punto de vista, es á saber: suponiendo siempre la falta del concurso de la ***voluntad*** en el *cómplice*. Nada obsta, sin embargo, al cambio de figuras, imaginando que el *concurso de la voluntad* criminosa desaparezca en quien ejecutó el acto de ***consumacion*** del delito, conservándose en el otro. Siempre tendremos el mismo resultado: la complicidad desaparecerá quedando un *solo delincuente*. En esta segunda hipótesis, cesa la imputabilidad del autor físico, asumiendo el supuesto cómplice su representacion, como *causa* voluntaria y única del hecho, que produjo la violacion de la ley; porque la falta de ***voluntad*** en el autor *físico* lo transforma, como tengo dicho, en mero instrumento del otro, convirtiendo á este en *autor principal* y único del delito.

SEGUNDO CASO.

CONCURSO DE VOLUNTAD SIN CONCURRENCIA DE ACCION.

§ 241.

Para llegar en este caso á la nocion de la ***complicidad***, es indispensable suponer una ***voluntad comunica-***

da explícitamente de persona á persona. Mientras el hombre desea el delito ó interiormente se complace porque otro lo ejecute, peca pero no delinque, pues no comunica *fuerza* alguna *moral* ó *física* á aquel, el cual desde el principio hasta el fin se desenvuelve sin recibir su influencia.

§ 242.

Se requiere, pues, mostrar, que dicha voluntad resulta manifiesta, y en poco ó en mucho haya servido para dar *impulso* al delito. Sustancialmente es preciso imaginar la *palabra* de un lado y la *accion* del otro. La mente del uno ha ideado el delito, y sus lábios han proferido la palabra—*matad,*— y el brazo del otro ha respondido á aquella frase con la muerte. Al parecer, este concepto se ofrece como caso único, más no es así ciertamente. Contiene cinco fases, que pertenecientes todas á la misma familia, son, sin embargo, muy diversas: el *mandante*, el que *obliga*, el que *ordena*, el *consejero* y el *sócio*. Notas características de las más señaladas distinguen estas cinco figuras, pues el *mandato*, la *coacion*, la *órden*, el *consejo* y la *sociedad* son entes jurídicos sustancialmente distintos.

§ 243.

Mantengo esta nomenclatura de la antigua escuela, porque si la palabra *instigadores* puede sostenerse en un Código, que despues de haber identificado en sus efectos penales posiciones naturalmente diversas, quiso

comprenderlas bajo un solo vocablo, esta unificacion no sirve en la ciencia, que ha de conocer con distincion de nombres los objetos sobre los cuales versan sus investigaciones. Se instiga *encargando*, *aconsejando*, *ordenando*, *obligando* y *asociándose;* la palabra instigador expresa una materialidad comun á diversas condiciones jurídicas, y la ciencia necesita de nombres que señalen distintamente esas varias condiciones.

§ 244.

La nota característica de estas cinco figuras se reconoce con facilidad. Se contrae á la *utilidad* del delito.

Si el que va á cometerse redunda en *pró* de quien concurre á él comunicando tan *solo su voluntad* al autor físico del mismo, tendremos la *òrden*, la *violencia* ó el *mandato*. Si la *utilidad* recae *únicamente* sobre el *autor físico*, aparece el *consejo*. Si la *utilidad* resultante es *comun*, se da la *sociedad.*

Este dato jurídico es inalterable. Podrán mezclarse las clases, concurriendo tambien á la *accion* el mandante, el sócio y el consejero. La concurrencia modificará entonces su respectiva condicion y agravará acaso su responsabilidad, pero nosotros estudíamos aquí los casos simples.

§ 245.

El distintivo de la *òrden* y de la *coaccion* respecto del *mandato*, radica en una circunstancia propia del

último. El mandato es un encargo dado á otro, por este aceptado, para cometer un delito. La *órden* es un *mandato* originado de persona de *autoridad* y trasmitido á otra que le está supeditada. La *coaccion* bajo el punto de vista en que puede figurar en la teoría de la *complicidad*, esto es, en el de *accion obligada*, no *reaccion forzada*, es un *mandato* impuesto con *amenaza* de mal. Así la *órden* como la *coaccion*, son mandatos *cualificados*. El abuso de autoridad en el uno, el abuso de fuerza en el otro, constituyen al propio tiempo la nota cualificativa y la característica. Por esto la *órden* y la *coaccion*, que ocupan extenso lugar en la teoría de las circunstancias *atenuantes*, se reducen á breves términos en la de la *complicidad*.

§ 246.

De hecho, si la *coaccion* y la *órden* alcanzan aquel apogeo jurídico, que acabo de indicar, de tal manera, que la *causa física del delito* eluda toda importancia por falta de *espontaneidad* ó por defecto de *conocimiento*, es evidente, que la *coaccion* y la *órden* no ocupan lugar alguno en esta teoría, pues en el hecho aparece solo *un* delincuente. Si, por el contrario, ni la órden ni la coaccion llegaron á hacer inmune de imputacion al autor físico del delito, las reglas referentes á ambos casos se confunden con las del *mandato*. Advierto en este lugar, que no me parece exacta la fórmula de Carmignani al decir, que tanto más imputable será la accion al que ordena y al que obliga, cuanto ménos lo sea al ordenado y obligado. Para la exactitud de esta fórmula seria

necesaria una proporcion constante en razon *inversa* entre la imputabilidad de los unos y de los otros, á la manera de la deuda civil, tanto ménos exigible del fiador, cuanto más haya pagado el deudor principal. Pero no acontece así. Sabemos, que la imputacion de un reato no disminuye por el solo hecho de *dividirse* recayendo sobre muchos: á las veces, su gravedad política aumenta. Y puede suceder, que el *violentado* sea objeto de cierta imputacion por falta en él de alguno de los extremos de la *escusa*, sin que por ello disminuya la *imputacion* del que lo *violentò*.

§ 247.

Admitidas la *òrden* y la *coaccion* como *mandatos* cualificados, limitaremos nuestras observaciones á las tres principales figuras del concurso de *voluntad* sin concurrencia de *accion*, esto es, al *mandato*, al *consejo* y la *sociedad*.

§ 248.

Y, ¿cuándo la *complicidad* se desprende de este concurso de *voluntad* sin la concurrencia de *accion*? Evidentemente cuando una *accion* se haya *ejecutado*. El *mandato*, la *sociedad* y el *consejo* no son *conatos*. Sabemos, que para la existencia de la *tentativa* se requiere el comienzo de *ejecucion* del delito. Pues dos que concuerdan en *querer* un delito, no comienzan la *ejecucion* con sólo quererlo. Aun cuando de aquella concordia de voluntades resulte la nocion de la *complicidad*,

es indispensable además que el *violentado*, el *mandado*, el *encargado*, el *aconsejado ó el sôcio* hayan comenzado algunos *actos externos*, que sirvan para la ejecucion del delito. Por lo ménos es preciso, que sean autores de *tentativa.* Mientras la *ejecucion material* del delito no comience, el acuerdo criminal podrá apreciarse como delito especial y propio, no como elemento de *conato*, ni como dato relativo á la *complicidad* de un delito, que no empezó á existir. Concebir la idea de *causa moral* donde no hay *efecto* es absurdo. Existirá tal vez el delito de *instigacion*, de *asociacion ilícita*, de *abuso de autoridad*, de *violencia*, los cuales si le causaron segun su respectivo modo de ser, podrán en su caso imputarse como hechos criminales *sui generis* á cuantos concurrieron á ellos con libre voluntad; mas no les será aplicable el criterio de la *complicidad* ni de la *tentativa*. Esto dicho, estudiemos ya la especialidad del *mandato*, del *consejo* y de la *sociedad* para delinquir.

§ 249.

PRIMERA FIGURA. *Mandato.*—La nota distintiva de aquellas tres *figuras* ó casos resulta, como hemos visto, de la vária distribucion de la *utilidad* del delito. No es esta una referencia puramente nominal. Por el contrario, produce importantísimos efectos sobre el grado de responsabilidad de quien sólo *moralmente* participó en el delito. Pero, como la *utilidad* es con frecuencia estímulo del alma humana, en los tres distintos casos mencionados la voluntad del ejecutor presenta una variedad en el *impulso propio* proporcional á la

utilidad del delito: si redunda enteramente en beneficio del *autor físico*, éste, con tal perspectiva ante sus ojos, tendrá una fuerza de impulsion no referible al consejero, y la voluntad del último deberá apreciarse como fuerza que dió menor *impulso* al delito. Si la *utilidad* reportada es comun, tendremos un impulso *coigual* en ambas voluntades. Si, en fin, la utilidad total redunda en pró de quien cometió á otro la ejecucion del delito, claro está, que faltando en el ánimo del *autor* fuerza propia que lo moviese, *su impulso* peculiar será referible al comitente, y la *fuerza moral* del delito tendrá su primera generacion en la voluntad del último.

§ 250.

La *utilidad* que reportan del delito el aconsejado ó el sócio, autoriza á suponer su determinacion de cometerlo áun sin la influencia de la palabra instigadora. La falta de utilidad resultante para el *mandatario* permite creer, que sin aquella influencia acaso no hubiese intentado la violacion de la ley. Derívase lógicamente de la nocion constitutiva de esas tres figuras una consecuencia: por lo tocante al *concurso moral*, resulta menor imputacion, dada la hipótesis del *consejo*; acrece en la de *sociedad*, y es máxima en el *mandato*. La voluntad del aconsejado recibió impulso de la perspectiva de su exclusiva utilidad; la misma influencia fué menor respecto al *sòcio* por la menor participacion en los resultados del delito; la voluntad del *mandatario* no fué movida por semejante impulso; el impulso hácia la determinacion criminal lo recibió del mandante.

§ 251.

Procedamos ahora á fijar la norma de esta imputacion en su grado máximo; despues será fácil la aplicacion á los grados inferiores. Nos hallamos frente á frente de una de las más graves cuestiones de la ciencia. ¿deben equipararse en la imputacion el *mandante* y el *mandatario*? Sobre este punto discrepan esencialmente los escritores; media entre las escuelas resuelto antagonismo, sosteniéndose por las unas la igualdad de pena respecto del *mandante* y el *mandatario*, defendiendo otras la menor pena en cuanto al primero. Los ánimos se sobreescitaron: Carmignani combate á Rossi; Roberti censura á Carmignani, y en todos las invectivas ocuparon el lugar de los razonamientos.

§ 252.

Meditando sobre los escritos de los diferentes campeones empeñados en esta lucha, tengo para mí, que la divergencia procede del diverso punto de vista, bajo el cual se viene á establecer la medida de la imputacion en los delitos. Fijaron los unos sus miradas en la *accion* criminal; el *hecho físico* tiene para los otros una *preferencia*, de la cual no supieron prescindir. Los otros pusieron su atencion en la *causa* del delito, y la consideracion de ésta ejerció grande influencia sobre su juicio. El *mandante*, dice Carmignani, *quiere* el delito; el mandatario lo *quiere* y lo *ejecuta*: luego si en el uno concurren

voluntad y accion y en el otro *voluntad sin accion*, es injusto castigarlos igualmente. En el delito se castiga un *hecho*; luego la parte activa tomada en aquel hecho debe siempre predominar en los criterios del cálculo. El mandante, añade Bertauld, será la *causa moral* del delito, pero no es la causa *jurídica*. Revelará una criminalidad *subjetiva* igual, y acaso mayor, que la del agente *físico*; mas la ley no persigue la mera criminalidad *subjetiva*. Las resoluciones, por perversas que ellas sean, no se castigan mientras no aparece la criminalidad *objetiva*. Luego en el mandante se pena un elemento en sí mismo no punible; existe, pues, desigualdad jurídica entre el instigador y el autor.

§ 253.

El *mandante*. por el contrario, dice Rossi y con él Chaveau, fué la *causa primaria* del delito y dió impulso á la *voluntad* del mandatario, que aparece como *causa secundaria*. Seria injusto castigar más ténuemente á quien en su voluntad revela el *primer* orígen del hecho punible. En el delito se castiga un *efecto*: la falta de *accion* en el mandante, que llevaria á imputarle ménos gravemente, se compensa con el aumento de *fuerza causante* en él mostrada. En el uno se da toda la *accion* y un mínimum de *causa moral*; en el otro toda la *causa moral* y nada de *accion*. El resultado de este cálculo debe ser la parificacion (1).

(1) El Código penal español reformado de 1870, art. 15, resuelve por la doctrina de la parificacion en la pena, en consonancia con la establecida para penar á los autores que, instigando directamente, concurren moralmente al delito. (N. del T.)

§ 254.

Esta variedad en el modo de considerar la cuestion paréceme que se remonta á más altas divergencias sobre principios fundamentales de nuestra ciencia. Dándose la *necesidad política* por fundamento al derecho de castigar, será lógica deduccion la preferencia respecto al *hecho*. Así como la sociedad siente necesidad ineludible de defender el derecho contra quien á su mal querer (que por sí sólo seria perpétuamente inofensivo) agrega la audacia de ejecutar el delito, pues de su acto nace el *peligro*, será procedente establecer represion más grave para quien *quiso* y *ejecutó* el crímen, que respecto de quien *sólo lo quiso*. Por el contrario, si el génesis del derecho de castigar se busca en la *violacion del deber*, el *impulso moral* comunicado á la *violacion* asume carácter preeminente, y la cronología de las respectivas voluntades influye en el cálculo de la imputacion. De tal suerte, los principios en la ciencia se enlazan entre sí con vínculo lógico apenas perceptible y á veces no percibido por el mismo sugeto á su influencia.

§ 255.

El docto Giulani vaciló en esta cuestion, procurando salir de ella con la distincion entre *mandato gratuito* y *remunerado*. Si el mandato es *gratuito*, dice, puede calcularse, que cierto impulso secreto movió el ánimo del *mandatario* hácia el delito, y entonces será ménos im-

putable el *mandante*. Pero si éste compró por precio la obra criminal, sobre él recae la imputacion plena del delito. A pesar de mi respeto hácia tan insigne maestro, no admito semejante distincion. No puedo persuadirme cómo el mandato *remunerado* sea más odioso respecto al *mandante*, que el mandato *gratuito* (1). En cuanto al *mandatario*, encuentro una mayor gravedad originada en el *salario*. Un hombre que mata á otro por servir al amigo, á la mujer amada, muestra en medio de su delito algo de heróico, digno de cierta conmiseracion; pero quien por *precio* mata á un inocente, al cual no odia, me parece el más vil y bajo, el más execrable entre todos los delincuentes. Respecto del *mandante* no veo la influencia análoga del *salario*. Quien abusa del afecto generoso de un amigo ó de un amante y lo sacrifica empujándolo al delito, es más vil y perverso, que quien compra el delito con el oro. El alma del sicario debia estar familiarizada con el mal, si *por precio* se hace *asesino*. El alma de quien satisface *sin mediar precio* la venganza de otro, puede ser pura hasta aquel momento y corromperse por efecto del cariño ó de la gratitud hácia el mandante. Se me dirá: el mandante por precio abusó de la *necesidad* del sicario; niego en redondo esta *necesidad*. En nueve casos de diez, el asesino se vende por avaricia ó para alimentar costumbres viciosas. Pero sea en buen hora por necesidad: por ventura, ¿es más grave abusar de las *necesidades* del uno,

---

(1) Sin embargo, el hecho de aceptar un sacrificio mayor ó menor de los propios intereses, muestra, á mi entender, no sólo mayor tenacidad en el propósito, sino voluntad más deliberada y resuelta de llegar á la comision del crímen. (N. del T.)

que de los *afectos* del otro? ¿Es más vil el hombre comprando una doncella ávida de dinero, que el seductor de una jóven enamorada, cuyo ciego afecto paga con la deshonra? Considero al último más depravado que al primero.

§ 256.

El único argumento importante en pró de esta distincion, procede de una consideracion política. El hombre acaudalado, se dirá, hallará un asesino con facilidad; difícilmente se encuentra un amigo dispuesto á matar por nuestra cuenta. Luego la circunstancia del *precio*, hace más *peligrosa* para la sociedad la persona del *mandante*. Puede haber verdad en esta observacion política. Pero la dificultad mayor de realizar un delito de cierto modo, no es criterio justo para disminuir la imputacion. Cuando se castiga un hecho acaecido, desaparecen las dificultades de su ejecucion. El arte del instigador venció los obstáculos al encontrar un ejecutor *gratuito*. Aquí sólo se trata de establecer un cálculo de *proporcion* entre *mandante* y *ejecutor*, y semejante indagacion no debe reducirse á determinar si el *mandante* ha de ser ***ménos*** castigado, sino á decidir si el *mandatario* debe ser *más castigado*. Mirando la cuestion bajo este aspecto, se vé con perfecta claridad. Admitida la pena *mayor* del *mandatario gratuito* respecto del *mandante*, resultará por consecuencia, que el *sicario* remunerado estará en cuanto al mandante en mejor condicion que el *gratuito*. Comparemos ahora los mandatarios. El hombre ageno á la miserable codicia, reco-

nocido á otro de tal suerte, que juega por él su cabeza sin fruto alguno, será declarado más criminal en *comparacion* con su instigador. El otro, que por sed de oro mató á un inocente, será *comparativamente* tratado con mayor benignidad.

§ 257.

Para mí, la distincion de Giulani no resuelve la cuestion presente. En el mandato *gratuito* como en el *remunerado*, es el mandante la *causa primaria* del delito; lo ideó en ambos casos, lo quiso tambien y se dió traza á conseguir que el brazo ageno lo ejecutase. Si se pretende tomar como guia la idea de la falta de *accion*, en el uno y en el otro caso se deberá tener en cuenta para minorar la imputacion. Si se rinde homenaje á la consideracion de la causa, como ambos casos son *causa primera* y eficiente del delito, deben soportar la responsabilidad plena, al modo que si el brazo propio lo hubiese consumado. El *impulso* á la mano ejecutora lo dió el mandante: su eficacia resulta la misma, bien el oro prometido sirviese de medio, ú otro estímulo de carácter moral.

§ 258.

La última opinion ha prevalecido en Toscana, especialmente á partir del Código de 1853, cuyo artículo 49 equipara el instigador al autor, si lo habia inclinado al delito, bien por efecto de *mandato* (entendiendo este *simple*) bien por medio de *amenazas, promesas* ó de *otro modo* (fórmula de mucha elasticidad).

§ 259.

Aceptando este principio no podria, sin embargo, admitirse sino como *presuncion*, aplicable de ordinario en los casos normales, variable en los excepcionales. Me explicaré: la equiparacion del mandante al mandatario en la pena, supone dos cosas: 1.º Concurso en ambos de *inclinacion igualmente depravada*. 2.º Que el mandante haya sido *causa primera* del delito. Cuando en un caso dado desaparezca cualquiera de estos elementos, cesa tambien la regla de la equiparacion.

§ 260.

Desaparece el primer supuesto, por ejemplo, si en el uno hubo *premeditacion* y en el otro no; ó escusa de *provocacion* para el uno y para el otro no. Difícilmente se separará en el *mandatario* la cualidad de *premeditacion*, lo cual es muy fácil respecto al *mandante*. En el acceso de la cólera ó bajo el imperio de justa *provocacion*, la persona ofendida deja escapar palabras de venganza y hasta ofrece, si se quiere, un precio por verla saciada; un satélite infame especula sobre este sentimiento y se lanza á inmolar á la víctima. Sin dificultad alguna se reconoce en el último *dolo de propósito*. No así respecto del *mandante*, en el cual sólo se descubre *dolo de ímpetu*. Si con sus propias manos hubiese causado el daño, le seria aplicable la atenuante de *provocacion*. Pero se vale del brazo ageno y por ello ¿el ánimo sereno del sicario convertirá de improviso en refle-

xivo el pensamiento agitado del mandante? Semejante conclusion es inadmisible, y aplicar á este propósito la regla de la equiparacion seria tanto como interpretarla judáicamente. No: la equiparacion es posible donde se muestra grado igual de *dolo*.

§ 261.

De la propia suerte que en la *coaccion* y en la *órden*, mandatos cualificados, mientras se aplica á la *causa moral* la imputacion *plena* del reato, se disminuye ó anula en la *causa física* en razon de la autoridad ó del temor, que aminoraron ó destruyeron el *dolo*: igualmente deben calcularse en la *causa moral* las circunstancias especiales obrantes sobre la voluntad, sin que por ello se contradiga á la regla de la parificacion. No hay caso alguno en el derecho penal universal, en el que la variedad del *dolo* deje de producir resultado: ni puede darse tampoco presuncion *juris et de jure* sobre uno ú otro grado de maldad intencionada. Por mi parte, no admito crímen premeditado por una *presuncion juris et de jure*. Cualquiera forma criminosa se presta á la hipótesis de súbita resolucion, ó de una tendencia merecedora de escusa.

§ 262.

El segundo supuesto puede desaparecer á causa de una demostracion de la *verdad contraria*, ó por efecto de *presuncion legal*. Cesa el supuesto de considerar al mandante como causa primaria del delito, por el adve-

nimiento de la *prueba* de *verdad opuesta*, si en el proceso se demuestra, que la *primera* idea del delito nació del sicario, no del *mandante*. El caso enunciado se encuentra fácilmente, no ya en los romances y dramas, sino en la historia. Un siervo malvado especula con las pasiones de su amo poderoso; sabe que tiene un enemigo; exalta su ódio; le ofrece su brazo so pretesto de generoso afecto; habla y hace de manera, que el amo no tanto ordena, como consiente en la muerte de aquel enemigo. ¿Castigaremos en tal caso lo mismo al *mandante* que al *sicario*? No: demostradas las anteriores circunstancias debe cesar la regla de la parificacion. Cesará, segun los dictados de nuestro Código, porque no es *instigador* el que se adhiere á las *instigaciones* de otro. Cesará en órden á los principios de la ciencia, porque la doctrina de la parificacion se funda totalmente sobre el supuesto de la concepcion *primera* del delito por el *mandante*, cuya idea ha sujerido al *mandatario*, cuya *causa primaria* es aquel, en una palabra. Luego destruida esta premisa, no tiene efecto la consecuencia. Una medida de cálculo establecida sobre la presuncion de que yo sea seductor, no se justifica más cuando resulto seducido.

§ 263.

Cesa además el segundo supuesto por causa de *presuncion legal*, si el *mandatario* tuvo *motivos propios* para cometer el delito. Esta limitacion aparece testualmente sancionada en el Código toscano, art. 50, y es lógica é indeclinable consecuencia de la razon de la regla. Se equiparan en la pena el *ejecutor* del delito y el

instigador, porque en éste se presume la *causa primera* del hecho criminal, y la *cuantidad moral* de su participacion en el delito es considerada de valor igual á la *cuantidad física* de la accion ejecutada por el otro. ¿Por qué? Si el ejecutor no reporta ventaja alguna del delito, puede creerse sin dificultad, que sin la existencia del *mandato* no lo habria cometido. Tal es el caso del *mandato propio*, en el cual el delito redunda totalmente en beneficio del comitente. Pero si el mandatario tenia *propios motivos*, que lo inducian al crímen, la cuestion varía de aspecto. Cabe dudar si mostrándose propicio al delito lo habria cometido, áun sin mediar el mandato, por la influencia de aquellos *motivos propios*. La distincion es de Carpzovio (*parte* 1.ª, *cuest. 4, n. 30*), tomada de Decio, Marsilio y Bossio, por donde se ve, que esta oportunísima observacion deriva genuinamente de fuente italiana. De todos modos, las fuerzas determinantes de la voluntad han sido *dos*: la una el *mandato*, la otra radicaba en el mismo *mandatario*. Pues el *mandato* resulta verdaderamente *desnaturalizado*; el mandante no aparece ya como *causa única* y *primaria* del delito; presenta una *cuantidad* menor de influencia *moral* sobre el hecho. Cesando, por consiguiente, la consideracion de la preferencia de la *causa*, ó sea la *cuantidad moral* de la complicidad, vuelve á predominar la consideracion de la preferencia de la *cuantidad física*, esto es, de la *accion*: el *mandante*, en su virtud, resulta ménos punible que el *mandatario*.

§ 264.

De conformidad á este juicio, el art. 50 de nuestro Código no admitió esa limitacion sino cuando los *motivos propios del mandatario no fueron excitados por el mandante*. En verdad, si esos motivos particulares del ejecutor fueron excitados por el mandante, no demuestran ya una causa peculiar y autónoma, digámoslo así, de delinquir. Ella fué verdaderamente *producida* (1) por el último, el cual vuelve á ser la única *causa primaria* del crímen cometido.

§ 265.

Se han originado gravísimas dificultades acerca de la interpretacion de la frase *excitar*, la cual, en verdad, no es muy feliz. Pensaron unos, que debia reputarse existente la condicion de haber *excitado* apenas el mandante fomentase de palabra en el sicario el *motivo propio*, siquiera éste fuese *preexistente* y *preconocido* del sicario mismo. Otros, por el contrario, pensaron que esto no bastaba para dar cuerpo á la *excitacion*, mientras el *mandante* no hubiese *hecho nacer* aquel *motivo* en el ánimo del sicario, ora *creándolo*, ora *poniéndolo de manifiesto*. Estas dificultades proceden del doble sentido de la palabra *excitar*. *Excitare flammam* significa *producir un incendio*. *Excitar la llama* puede tambien signi-

(1) *Causata* dice el original. La traduccion literal deberia ser *causa causada*. (N. del T.)

ficar *avivar el fuego ya encendido.* Así los unos entienden la palabra en su sentido más estrecho de *suscitar*, otros en el más lato de *concitar*. Ignoro que la jurisprudencia se haya pronunciado hasta ahora sobre tan delicada cuestion, y debiendo anticiparme á ello con mi pensamiento, he de decir, que parece aceptable la opinion más benigna. A ello me induce la letra del artículo, el cual no dice *excitar lo instigado*, sino *excitar el motivo*, y esto hace inadmisible la explicacion de *concitar*. Me mueven, además, á esta opinion los principios fundamentales de la doctrina, pues dada la subsistencia de un *motivo propio* en el ánimo del *mandatario*, *fué conocido* y *preexistente* el *mandato*; desaparece el caso *simple* en el cual la figura del *mandante* ocupa el lugar de *causa primera* del delito, y surge el caso *mixto* de la doble causa moral del delito. Entonces la consideracion de la *fuerza física* del delito, atribuible *enteramente* al instigado, vuelve á adquirir su decisiva importancia en cuanto á la falta de concurso del *mandante* en la accion.

§ 266.

SEGUNDA FIGURA. *Consejo.*—Consiste el consejo en la *insinuacion hecha á otro para persuadirle á la comision de un delito en beneficio exclusivo del mismo.* Nótase á primera vista la inmensa diferencia entre esta figura y la precedente bajo el aspecto jurídico, y cuán reducida se presenta en ella la *cuantidad moral* de fuerza criminosa. Como el delito no reporta utilidad alguna al *consejero*, fácilmente se concibe, que aquel pueda darse por efecto de momentánea irreflexion sin pro-

pósito de verlo seguido. El consejo en la mayor parte de los casos aparece extraño á toda deliberacion. Aparte, que el interés de delinquir concentrado como se halla en el autor físico induce á pensar en la comision del delito, áun sin el concurso de la palabra fomentadora y estimulante.

§ 267.

De aquí las disputas acerca de la imputabilidad política del *consejo*, por muchos negada: opinion no limitada á la escuela, sino determinante todavía en algunas legislaciones, como por ejemplo, la francesa, donde el Código, si bien severo, no encuentra en la *nuda instigacion* un elemento de complicidad (1).

§ 268.

En la escuela italiana prevaleció un criterio más analítico, admitiéndose la famosa, justa distincion entre *consejo eficaz* y *consejo* llamado *meramente exhortativo*; distincion, que trae su orígen de la conciliacion de

(1) La jurisprudencia francesa es constante en no reconocer *complicidad* en el mero *consejo*: Casacion de 24 Noviembre 1809—23 Julio 1856. La regla es especial, pues emana de la ley positiva, esto es, de la letra del artículo 60 del Código, que al indicar taxativamente los modos de instigacion constitutivos de complicidad segun él, ha rechazado todos aquellos no descritos claramente. Consecuencia frecuente del cuidado, por extremo solícito, de materializar las definiciones. Esa regla no puede sostenerse como absoluta ante los principios de la ciencia, ni mantenerse con sujecion á los preceptos del Código toscano.

varios fragmentos del derecho romano, pero que al propio tiempo se asienta sobre base muy racional, relativa al principio de la *causa*.

§ 269.

En la primera especie se encuentra un acto constitutivo de *complicidad*, y como tal imputable políticamente; en la segunda la opinion comun considera un acto inmoral sí, pero extraño á la censura penal. Procede esta diferencia de que en el primer caso se tiene por cierto su *influjo* sobre el acto criminal; en el segundo aparece dudosa, por lo ménos, esa influencia. Es, sin embargo, muy difícil determinar *a priori* la línea exacta de separacion entre *consejo eficaz* y *consejo exhortativo*. Pudieron fácilmente los escritores diseñar el *consejo eficaz* en las *instrucciones* dadas al criminal sobre el modo de realizar su intento, porque es siempre obvio señalar por medio de ejemplos los dos miembros de una distincion en cuanto á sus puntos extremos de divergencia; pero la dificultad brota en los momentos de contacto entre miembro y miembro, y aquí la ciencia no llega á suministrar una fórmula clara, que distinga con criterio infalible el consejo *exhortativo* del *eficaz*. La eficacia sólo puede definirse como *eficacia*.

§ 270.

Dependerá, pues, de la prudencia judicial el determinar, segun los casos, si el consejo debe escapar á la imputacion civil, y para ello habrá de proceder por medio

de una razon compuesta, indagando en el ánimo del *consejero* si tuvo el *propòsito de lanzar* al otro al delito, y escudriñando en el ánimo del *aconsejado* si *su voluntad* por motivo del consejo *recibió* un *impulso* hácia el crímen. En la conjuncion de ambos requisitos estará la razon constitutiva de la imputabilidad del *consejo*, porque el primero representará el *concurso* cierto de *voluntad* del consejero en el delito, y el segundo la *eficiencia* de tal concurso. En toda la teoría domina siempre el mismo principio fundamental. No hay cómplice políticamente imputable mientras en él no se dé una *causa voluntaria* del delito realizado por otro.

§ 271.

Reconocido ya un consejo constitutivo de *complicidad*, resta indagar la relacion entre el grado de la imputabilidad del autor principal y el grado de la imputabilidad del consejero. Es doctrina constante, que el último, si bien haya concurrido eficazmente al delito con su voluntad, debe ser objeto de pena *menor*, que el autor principal. La razon es muy óbvia: el autor principal en estos casos imprime al delito toda la *fuerza física* y la mayor parte de la *fuerza moral*, pues la causa de delinquir reside completamente en el aconsejado.

§ 272.

El Código toscano ha previsto el caso del consejo en el art. 55, declarando *auxiliador* al que *facilitò* á otro ó *fortificò* en él la resolucion de delinquir, ó le *indicó los*

medios de cometer el delito. Una vez declarado *auxiliador* es castigado en los casos ordinarios con pena *menor* que la impuesta por la ley al *autor*.

§ 273.

La *indicacion* de los *medios* lleva en sí el *consejo* llamado con *instrucciones* en términos de escuela. El consejero imprime cierto *impulso* á la *voluntad* del agente, y á la vez obra sobre la *accion*, de la cual hasta *cierto punto* se convierte en *medio*. Por esto se equiparó con exactitud la *indicacion* á la *suministracion* de los medios, no obstante, que la ciencia enumera la primera entre las figuras de mero concurso *moral* y la secunda entre las de concurso *físico*.

§ 274.

Además, el Código toscano establece por medio de su fórmula la imputabilidad del *consejo* en todos aquellos casos, en los cuales la *eficacia* del consejo resalte nudamente en el impulso dado á la *fuerza moral* del delito, con obrar tan sólo sobre la *voluntad* del delincuente. Cuando la *resolucion* de delinquir era vacilante y las palabras de otro la *fortificaron*; cuando esa *resolucion* no habia nacido y las frases del consejero *facilitaron* su creacion, hay siempre consejo *eficaz*, porque si no coadyuvó á la *accion*, *ayudó* á la *voluntad* criminal. Entiéndase bien, siquiera la ley guarde silencio, que la palabra *fortificante, instructora* ó *facilitante,* equiparada con rigor excesivo al *auxilio material*, deberá emitirse

dolosamente; esto es, con *conocimiento* y *propósito* de inducir á aquel efecto. De otra suerte llegaríamos á una exorbitancia, elevando sin medida la responsabilidad de una palabra imprudente vertida para elogiar un pensamiento criminal.

§ 275.

Pero la *excitacion*, la *facilitacion*, la *forificacion* del propósito criminal pueden hacerse por medio de la *palabra* ó usando de la *escritura*; á pesar de esto no descubrimos razon alguna de distinguir. Ocurrirán dudas, no siendo *inmediata*, sino ejercida por el *intermedio* de un tercero *inocente*, por ejemplo, un falso aviso dirigido maliciosamente á excitar al delito. Por mi parte no considero fundada la duda: dados los dos extremos de la *voluntad depravada* en el excitador y de la *eficacia* de su estímulo, es indiferente la forma especial adoptada, por medio de la cual el instigador consiguió su fin perverso.

§ 276.

En último término, es intuitivo, que la *fortificacion*, la *facilitacion* ó la *indicacion de los medios* representan un *grado superior* de *eficacia*, lo cual autorizaria para establecer *a priori* un grado mayor de imputabilidad en la ley, pero inadmisible de parte del juez en el silencio de aquella.

§ 277.

TERCERA FIGURA. *Sociedad.—La sociedad criminal* se produce por el *concierto de dos ó más personas* inclinadas á cometer un delito en *interés mútuo*. La comunidad de interés es la nota característica y distintiva de la *sociedad* respecto al *consejo* y al *mandato*. Pueden todos los *sócios* concurrir á la *accion*, en cuyo caso la norma para la imputabilidad de cada uno se derivará de la parte que respectivamente hayan tomado en aquella; pero si alguno de los sócios no participa en la *accion*, será responsable únicamente por el *concurso moral*. En tal hipótesis, la existencia de un *interés propio* hasta en los *autores principales* del delito, impide referir en su orígen toda la *fuerza moral* del crímen á quien sólo *moralmente concurrió* á á él: por lo mismo, dada la igualdad del elemento *moral*, la *preferencia* de la *fuerza física* atribuible *por completo* á los que ejecutaron, autoriza respecto de estos *mayor* imputacion.

§ 278.

Sobre tales principios evidentísimos se funda el Código toscano, que preveyendo en su artículo 50 el caso de un *sócio* no partícipe de *presencia* en la *accion*, permite la aplicacion á este de una pena inferior á la infligida al autor principal. No convengo en el reproche de pleonasmo dirigido al Código, por repetir en el artículo 59 el concepto ya expresado en el 50. A mi juicio, median

diferencias muy esenciales entre caso y caso: en el artículo 59 se establece la hipóteeis de un *interés comun* entre el que fué *causa física* y el simple *concurrente moral*, y el art. 50 supone dos *intereses distintos*, el uno propio del *autor físico* del delito, *peculiar el otro*, al que comunicó el impulso moral. Claramente resulta de la diversa locucion: en un caso se adopta la frase *interés comun*, y en el otro se dice *motivo propio*; pues los *motivos propios* de cada delincuente son evidentemente diversos del *interés comun*. Los dos casos esenciales se diferencian nominal y racionalmente, y esta diferencia es fecunda en resultados positivos.

§ 279.

La *sociedad* criminosa es *especial ó general*. Tiene lugar la primera en el acuerdo de varios para cometer *un* delito por interés comun. Consiste la segunda en el pacto de varios criminales para darse mútuo apoyo en *todos* los delitos que se proponen cometer, siendo la utilidad resultante comun á todos y repartible áun entre los sócios no concurrentes personalmente al hecho.

§ 280.

Esta *sociedad general* se puede considerar bajo doble aspecto: como *delito en sí*, ó como elemento de *complicidad*. Considerada como delito *sui géneris* (en cuyo sentido se llama ordinariamente *asociacion de malhechores*), constituye un delito perfecto en sí mismo, apenas el *pacto* criminal se establece. Este título espe-

cial de reato deberia estimarse más bien como delito de *daño universal*, que como crímen de *daño particular*, porque no es necesario para su consumacion el daño *efectivo* causado á cualquier indivídno, antes bien, la *posibilidad* de este daño es suficiente y revela su objetividad propia en el derecho abstracto de todos los ciudadanos á que no se constituya asociacion particular alguna en el Estado opuesta al órden exterior.

§ 281.

Aparte este delito *sui generis*, si por virtud de la sociedad se produce el resultado de la comision de un delito cualquiera de los comprendidos en el objeto de la asociacion por uno de los coasociados, aquel otro *sui generis*, especial de *asociacion*, reviste la forma y toma el carácter ulterior de hecho constitutivo de *complicidad* en esta particular infraccion, del cual son responsables todos los asociados, aunque no hayan participado personalmente, y áun antes de llegar á su *conocimiento*, si por ventura el delito se descubrió cuando no habia tenido efecto la distribucion de la utilidad. *Singularidad* jurídica digna de tenerse en cuenta, porque estatuye un caso de complicidad en delito, del cual no se tuvo *conocimiento* ni hubo *voluntad* directa de cometerlo. Esta anomalía se admite sin injusticia, porque el *conocimiento* y la *voluntad generales* suplen aquí al conocimiento y voluntad *especiales*. El elemento moral de la complicidad procede del consentimiento general prestado y la participacion en el *elemento físico* se suple con el impulso dado á la determinacion del autor del delito, que

más audaz avalora su decision con el medio de la alianza convenida.

§ 282.

No parece necesario advertir, que el acceso en dia dado á una sociedad antes constituida, hace irresponsable al nuevo sócio de los delitos cometidos precedentemente por los demás asociados. Semejante efecto retroactivo á cargo del mero sócio es inadmisible, porque este no puede, sin caer en exageracion pindárica, considerarse como concausa de los delitos consumados por la asociacion antes de su ingreso en ella, sin cuyo requisito el concepto de la complicidad es un imposible jurídico. Si al nuevo asociado se le ha hecho partícipe de los beneficios resultantes de anteriores delitos, entonces aparecerá como encubridor (para mí *continuador)* de los delitos precedentes, cuyo lucro acepta: pero en buena lógica no es posible calificarle de *auxiliador*, de *sócio*, mucho ménos de *coautor*.

TERCER CASO.

CONCURSO DE VOLUNTAD Y DE ACCION.

§ 283.

Constituidos todos los partícipes de un delito en el teatro de la accion, las operaciones materiales de cada

uno dan la norma directiva del correspondiente grado de imputacion y las diversas figuras de aquellos vienen principalmente á distinguirse y definirse por dicha norma. La consideracion del *tiempo* al cual se refiere la participacion *física* y *moral* en el reato, influye grandemente: porque el *tiempo* se relaciona con la imputacion de la accion y en su virtud con la *gravedad* de ella.

§ 284.

Debemos aquí distinguir los actos en tres séries: *precedentes* al momento de la *consumacion* del delito; *concomitantes* con los actos de *consumacion*; *subsiguientes* á la *perfeccion* del maleficio.

§ 285.

Si el *concurso de la accion* se da en los momentos *precedentes* de la consumacion del reato, tendremos el *auxilio*, ó segun los términos de la antigua escuela, la *complicidad en sentido extricto*. Si acontece en los momentos *concomitantes* de la consumacion, tendremos los *correos* (1). Si ocurre en los momentos *subsiguientes*, tendremos el *encubrimiento* ó el *auxilio*, segun la varia cronología de la *voluntad* del partícipe. Tres son, por lo tanto, las figuras que se destacan en este tercer caso: el *auxiliador*, el *correo* y el *encubridor*.

---

(1) La palabra italiana es *correitá*. (N. del T.)

§ 286.

Consiste el auxilio en *cualquier acto realizado ó prometido antes de la consumacion del delito por otro, con cuyo acto se concurra efectiva, voluntaria y personalmente á aquel, sin intervenir, no obstante, en su consumacion* (1). Decimos *personalmente* para distinguir el *auxilio* del *concurso moral*; se añade *efectivamente* porque la *eficiencia* del acto es elemento indispensable de la *complicidad*. La ciencia no admite *tentativa de complicidad*, como despues demostraremos. Y quien ejecute actos extraños ó desprovistos de influencia *material* sobre el delito que otro esté cometiendo, áun verificándolo con el propósito de facilitar aquel delito, será un malvado imbécil, no el auxiliador. Por ejemplo, el que para ayudar á un envenenamiento tratase de fabricar un veneno y no lo consiguiera, no seria *cómplice* ni responsable de *tentativa* del homicidio consumado por medio de otro veneno: sus actos no habian logrado *efectividad* alguna sobre aquel delito.

§ 287.

Se dice *voluntariamente*, porque una accion, siquiera resulte *eficiente* para el delito, no hace cómplice del

---

(1) Nuestro Código penal no admite esta distincion. Bajo el dictado comun de encubridores comprende á los que auxilian (*auxiliatore*) y los que encubren, (*favorreygiatori*) segun el lenguaje de Carrara. Véase Código penal de 1870, art. 16 (N. del T.)

mismo á su ejecutor, cuyo ánimo no la *dirigia* á semejante fin. Se agrega, finalmente, *sin participar en la consumacion,* porque si el acto cooperativo sucède en ese momento, desaparece el *auxiliador* y se muestra el *correo.*

§ 288.

Correo es una palabra tomada del derecho civil, en el cual se llaman *correos* las diferentes personas ligadas con vínculo solidario en una obligacion cualquiera. Por analogía con esta primitiva significacion se dicen *correos* á los que entre sí tienen conexion y toman parte en el delito en el momento de su *consumacion,* cualquiera que sea la importancia de los actos ejecutados por cada uno. A este propósito se debe distinguir entre el momento de la *perfeccion* y el de la *consumacion* del delito. En muchos delitos, el primero es ontológica y jurídicamente *uno* solo: el en que definitivamente fué *violado* el derecho *objeto* del reato especial. Los momentos de la *consumacion* (ó *actos consumativos)* pueden ser muchos. Cuantos intervengan en ellos son *correos.* El verdadero autor será el que dá ser al momento de la *perfeccion* del delito. Si la naturaleza de este es tal que en ciertas especialidades admite más de un momento de *perfeccion* (como el hurto de un conjunto de cosas, ejecutado por varias personas, el cual queda perfecto con la *aprehension* total de aquellas), serán más de uno los *autores* ó los *coautores.* Pero si admite tan sólo un momento de *perfeccion* (como el estupro), el autor será uno solo. Habrá *correos,* por ejemplo, el que sujeta á la doncella;

podrán concurrir *auxiliadores*, por ejemplo, el que introdujo al estuprante en la casa, pero *coautores* no, si hemos de ser exactos, por más que en la práctica la palabra autores se usa con mayor amplitud.

§ 289.

Modernamente se pretende ampliar la denominacion de *correo* en tales casos al *autor psicològico*, como antes se queria estender la calificacion de *autor principal*, diciéndose al mandante *correo*. Pero si el delito ha de consistir en el *acto* externo *único* capaz de violar la ley, cuantos no participen fisicamente y de modo principal en el hecho, no pueden llamarse *correos* con el ejecutor físico, sin introducir la confusion en la tecnología científica. Son *accesorios* en el *hecho* de otro; este seria delito sin su concurrencia; su accesion sin el hecho del otro no lo seria. Considerar al mandante *correo* con el mandatario, suponiendo al primero *igualmente obligado* que el ejecutor, es incurrir en peticion de principio, poniendo como *postulado absoluto* la mera consecuencia discutible (1).

§ 290.

Se destruye, por lo tanto, la demostracion de esa re-

---

(1) La nocion de *correo* en materia penal se deriva á las veces de una indagacion *a posteriori*, esto es, de ser *igualmente comprendidos en la responsabilidad* por disposicion legal. Esto, no obstante, la nocion exacta debe formarse *a priori*.

ciente nomenclatura hecha en cierto opúsculo de un criminalista entendido. (Diario *La Temis, vol. 6, pág. 481).* Sostiénese la perfecta adopcion del nombre de *correo* al mandante, porque son *correos* todos aquellos en los cuales *existe la misma prioridad de obligacion, en cuya virtud cada uno de ellos, si fuese solo imputado,* seria *plenamente reo.* Fácilmente se percibe la falacia de este argumento, recordando, que el mandante no es deudor ante la ley penal por su *hecho propio,* sino por el *hecho de otro.* De tal suerte, que si aislado el hecho de aquel, no queda obligacion alguna, su figura será necesariamente *accesoria* de la del otro; será una figura distinta, por modo alguno idéntica, cemo lo es la accion *material* de la *psicològica.*

§ 291.

Condicion indispensable de la *primordialidad* es la de subsistir por sí. Todo aquello para cuyo sostenimiento es necesaria la concurrencia de otra cosa, no deja de ser *accesorio.* Pero el concurso moral del mandante no arguye responsabilidad por el delito instigado al sicario, mientras éste no lo haya ejecutado materialmente. Luego el último es el reo *principal,* el otro queda en la categoría de delincuente *accesorio.* Castíguese igualmente si bien parece, pero consérvese la nomenclatura congénita á la naturaleza de los entes, sin adulterar el sentido ordinario del lenguaje para servir á una opinion.

§ 292.

Si causa repugnancia no llamar *correos* ó *coautores* á dos delincuentes castigados igualmente por la ley positiva á causa de su participacion en el mismo reato, igual ó mayor repulsion se produce si son llamados *correos* ó *coautores* dos sugetos penados diversamente por la ley. Luego si es cierto, que mandante y mandatario son castigados con distinta pena cuando el mandatario procedió por *motivos propios* (Código toscano, art. 50), la nocion del correo seria fluctuante, indefinida, variable *a priori*, si la aplicacion del nombre de *correo* ó *coautor* debiese servir de criterio para *igualar* la imputacion. La ciencia en tal caso solo podria determinar la nocion *a posteriori*. Luego debe buscarse en el criterío ontológico. Han de estudiarse las cosas, y segun las condiciones varias constitutivas de su ser, designarlas con *nombres* distintos para construir un lenguaje exacto, y despues, segun los principios reguladores de la respectiva naturaleza, determinar las reglas particulares en cuanto á cada una, sin curarse por otra parte, de que dos cosas ontológicamente diversas vengan á encontrar el resultado de una misma regla, que á entrambas domina, y viceversa.

§ 293.

La importancia del *auxilio* deriva de su mayor ó menor *proximidad* al acto de la *consumacion*, y segun

aquella, así se distingue en *pròximo* y *remoto*. Naturalmente se comprende, que la imputacion del *auxilio* deberá graduarse á tenor de su *cantidad física*: mayor en el *auxilio pròximo* consistente en actos poco lejanos de la *consumacion* del delito querido; menor en el *remoto* cuyos actos distan más de aquella, pero advirtiendo siempre, que para el juicio de esa *proximidad* los actos han de *pesarse* más bien que *contarse*. Hay semejanza entre la *cantidad del conato* y la *cualidad* de la *complicidad*. El criterio revelador de la *proximidad* ó el *alejamiento* en el simple *auxilio* puede ser análogo al ideado para diferenciar el conato *pròximo* del *remoto*. Es indispensable apreciar el acto *constitutivo* de la complicidad. Si este acto se liga con los momentos de la *consumacion*, más fácilmente se dirá *pròximo*: por ejemplo, el veneno ó el puñal que debian matar, fueron á ciencia cierta suministrados. Si se liga con los actos meramente *ejecutivos*, entonces el *auxilio* será remoto; por ejemplo, se proporciona la escala para penetrar en la casa robada. Esto es lógico, por cuanto la influencia de un acto se ejerció sobre la consumacion, y la del otro sobre los actos precedentes: el cómplice, hasta cierto punto, se transporta al lugar y al momento de la accion sobre la cual su acto tuvo *eficiencia*. Pero en todo caso el criterio no es infalible, y depende en gran parte de las circunstancias especiales.

§ 294.

Asimismo, parece indiscutible la regla de la igualdad de imputacion de todos los partícipes *correos*, en cuanto toca á la medida derivada del hecho, sin tener

en cuenta lo *ejecutado* por cada cual en la consumacion misma, porque esto constituye un accidente que no destruye la individualidad del acto criminal en cuya realizacion todos pusieron manos conjuntamente.

§ 295.

Tambien puede admitirse como regla fundada en justicia, la disminucion de la pena aplicable al mero *auxiliador* respecto del *autor*, sea aquel *pròximo* ó *remoto*. En el delito la obra del auxiliador muestra *fuerza moral* igual á la del autor principal, pero *fuerza física menor*: seria injusto parificarlos en la pena. Tal es la verdadera y única razon de diferencia de imputacion entre *autor* y *auxiliador*; no ya la consideracion de los *motivos* de delinquir, presumibles de mayor cuantía en uno que en otro; porque ésta presunta disminucion de interés es una conjetura arbitraria y variable, insuficiente además para servir de base á un cánon constante de la justicia. La parificacion en la pena del *auxiliador con el autor*, si bien mantenida en el Código francés, la reprueban generalmente los mejores criminalistas modernos, entre ellos algunos franceses. El argumento de Cremani (*lib. 11, cap. IV*, § *11)* al suponer, que sin el concurso del *auxiliador* no habria probablemente el *autor* consumado su delito, es de escasa importancia, y es de otra parte una hipótesis falta de sólida base para fundar una regla general. Tampoco vale el argumento de Schroter atribuyendo á la *casualidad* el más ó el ménos de cada uno en la accion criminal. Podrá utilizarse la observacion si se trata de partícipes, que todos intervienen en los momentos de la *consumacion*, pero en el

caso del *verdadero auxiliador* (esto es, á quien se achacan actos *ejecutivos* del delito precedentes al comienzo de los actos *consumativos*), es arbitrario atribuir á la casualidad la ejecucion de unos y no de otros. Tenemos el hecho; pues debe presumirse siempre, que el hecho y el no hecho proceden de la voluntad de hacer ó no hacer. No hay certeza posible respecto á la decision de sepultar un puñal en el pecho de un hombre por parte de quien suministró el arma con anterioridad sin asistir al asesinato. ¿Cómo afirmar aquí la influencia decisiva de la casualidad? Kleinschrod reduce la cuestion á términos más simples, cuya sencillez vale por cien disertaciones. El *auxiliador*, dice, ha de ser castigado con menor pena que el autor, porque éste ejecutó *todo el delito*, mientras el primero sólo ejecutó *parte*.

§ 296.

Luego persistiendo en este criterio, si el *auxilio* fué tal que *sin él* no podia *absolutamente* cometerse el delito, puede cesar la regla de la imputacion desigual, porque esta preponderante influencia del auxilio en el delito restablece el equilibrio entre aquellas dos fuerzas y hace del auxiliador una *causa determinante* del delito. Véase el Código toscano, art. 57. Esta regla, debo advertirlo, justa é incontrastable considerada en abstracto, se convierte en espinosa é indefinible al aplicarla concretamente.

§ 297.

Importa ahora, ocupados como estamos en el punto del concurso de *accion*, *definir* los actos exigibles para establecer *complicidad*. Tomamos la palabra *accion* en su más ámplio significado. Así es, que puede haber concurso de *accion* hasta en un hecho *negativo*, en una mera *omision*; en la *presencia*, cuando la *omision* ó la *presencia* estaban voluntariamente *coordinadas* para facilitar el delito y *realmente* lo facilitaron. El que vigile la calle mientras su compañero roba la casa; el presente en la muerte consumada por su colega con el fin de acrecentar su valor; el criado que deja de cerrar la puerta para que sus amigos puedan robar la casa; el doméstico sordo á los gritos de su amo asesinado, por compromiso anterior de crear obstáculos, todos ellos son *còmplices* respectivamente del homicidio ó del robo, y lo son por *concurso* de *accion*. Auxiliando mediante un acto corporal á la *accion* de su sócio la convierten en propia, y su obra, si bien *negativa*, se torna *positiva* respecto al delito, porque positivamente coadyuvan (1).

§ 298.

El *acto negativo* puede servir de concurso *físico* en la

(1) Háse disputado sobre si los romanos admitieron complicidad por acto negativo. Para sostener la afirmativa no parecen concluyentes la *ley* 109, *ff. de reg.*, ni la 45 *ff. ad leg. aqui.* relativa, sin duda alguna, á la mera responsabilidad civil.

accion si se precisan *tres extremos*: 1.° *Eficiencia* del acto negativo sobre la consumacion del delito. 2.° *Voluntad directa* de producirlo con aquel fin. 3.° *Manifestacion* tácita ó expresa de dicha voluntad al autor principal. Si se da la *eficiencia* sin la *voluntad* no hay cómplice; será un concurso de accion sin concurso de voluntad. Patente la *voluntad* sin la *eficiencia*, falta á la voluntad sin objetivo el concurso de la *accion*. Si, por último, se determinan la mala *intencion* y una *eficiencia* eventual sin acuerdo con el autor del delito, faltará el vínculo ideológico entre la intencion del culpable y el pretendido auxiliador, desapareciendo tambien la nocion de la complicidad.

§ 299.

Escapa, por lo tanto, á la responsabilidad del cómplice, el que se mantiene impasible presenciando como curioso espectador el homicidio, siquiera su inaccion facilite eventualmente la muerte, porque el asesino interpretó su presencia como auxilio y la víctima lo creyó sócio de su agresor, debilitando de esta suerte su defensa. Elude tambien el delito de complicidad el que, escondido *sin saberlo* los combatientes, abriga la intencion de correr en auxilio del asesino si tuviera necesidad de ello. El acto del primero tuvo cierta *eficacia*, pero le faltó el extremo de la voluntad para establecer un vínculo criminal con la accion; el acto del segundo muestra la *voluntad*, pero careció de *eficiencia* porque, desconocida su presencia, ni aumentó el ánimo del agresor ni infundió miedo en el agredido; el uno será inocente de mal

augurio, el otro malhechor afortunado; ninguno de los dos cómplices del homicidio. Finalmente, la nocion de la complicidad no puede adaptarse al caso de un sirviente, que irritado contra su amo, deja abierta la puerde cualquiera de sus casas con la esperanza de que cualquier ladron se introduzca y robe, vengándose así de aquel. Si de hecho los ladrones penetran y roban, mediará de parte del criado un acto *eficiente* del robo ejecutado con *mala intencion*; jurídicamente, sin embargo, no es posible determinar una *complicidad* entre dos personas, que no se han visto ni conocido acaso. Si el acto intencional de este sirviente se quiere penar, se le aplicará un *título* que *aisladamente* le comprenda.

§ 300.

Seria, por lo tanto, una ilacion aventurada deducir *complicidad* de la mera presencia, sin el apoyo de otras circunstancias demostrativas de la *intencion* hácia el delito y sin el *acuerdo* de voluntades. El tribunal de Casacion de Francia (consúltese Dalloz, *palabra complicidad, pág. 263, ed. belga*) decidió que un hermano, impasible espectador del homicidio cometido por su hermano, no podia reputarse cómplice del mismo. Admitida la nuda *presencia* como *hecho* constitutivo de participacion en el delito, se aprecia la duda bajo el mero aspecto de la accion, presuponiendo comprobado el elemento intencional. Pero este exige demostracion patente, la cual debe ser más completa, especialmente cuando se trata el difícil asunto de sostener la complicidad en una *tentativa* de delito. Surgen entonces dos problemas gi-

gantescos: el juez ha de conjeturar de los actos del uno su intencion especial dirigida al efecto más grave no conseguido; y de la inercia del otro ha de conjeturar tambien que presumiese el ánimo de su compañero y quisiera prestarle ayuda. Cuando la justicia camina sobre estas telas de araña no puede evitarse un movimiento de pavor.

§ 301.

La teoría de la complicidad por actos *negativos* requiere importantísimas distinciones, porque el delito de otro se puede facilitar con meras *omisiones* de dos maneras sustancialmente diversas. Interrumpiendo determinada accion posible de nuestra parte, cuya inejecucion ha *facilitado* el delito, como si el sirviente con no cerrar cuidadosamente las puertas ha hecho accesible la entrada al ladron, ó interrumpiendo un acto, que ejecutado habria impedido el delito.

§ 302.

Sobre la primera categoría de omisiones no cabe séria disputa: la accion omitida asume el carácter de *medio* de ejecucion, aunque en sí no constituya el hecho criminal. Luego la cuestion recae enteramente sobre el conocimiento ó la falta de éste. Si quien dejó la puerta abierta no conocia la posibilidad de que por allí se introdujesen los ladrones, mal puede ser considerado sospechoso de complicidad; nadie quiere lo desconocido, y sin voluntad no existen cómplices. Será una negligencia im-

putable como hecho subsistente de por sí, cuando se determine como falta en el ejercicio del cargo. Por el contrario, si la omision se encaminó dolosamente á facilitar el delito, resulta clarísima la nocion de la complicidad por concurso en la *accion*, siempre que exista el acuerdo, como antes dije.

§ 303.

La disputa se origina sobre la segunda categoría de *omisiones*, es decir, aquellas que no han creado una *materialidad facilitadora* del delito, pero hicieron que la criminal ejecucion no se interrumpiese como podria haberse conseguido. Esta segunda forma de omision se resuelve en tres casos: 1.° Falta de *amonestacion* al culpable. 2.° Falta de *oposicion física* á las operaciones. 3.° Falta de *denuncia* preventiva del delito, cuya voluntad de cometerlo era conocida.

§ 304.

En todos estos casos surge la duda de si, no obstante ser *conocido* el delito, que se intentaba cometer y la posibilidad de impedirlo por cualquiera de los tres medios enunciados, somos responsables de complicidad por no haber procurado evitarlo. Procede la duda de la imposibilidad de unificar aquel conocimiento, y la falta de oposicion con la *voluntad* ó por lo ménos con el *deseo* de ver realizado el delito (1).

---

(1) La casacion de Francia, que en muchas ocasiones habia

§ 305.

En la solucion del problema tocante á si el no ***amonestar***, *detener* ó *denunciar* (pudiendo hacerlo) el delito de otro, constituye ó no elemento de complicidad, las opiniones de los jurisconsultos y legisladores andan muy discordes. Unos prescindieron del no *amonestar* ni *detener*, admitiendo como excusa la aprehension del propio peligro, pero consideraron imputable la omision de *denuncia*. Otros, valiéndose de una distincion empírica, enseñan, que no es imputable la omision de *denuncia* en los delitos menores, pero debe serlo en los *mayores*, y muy especialmente en los dirigidos contra la seguridad del Estado, doctrina aplaudida por los gobiernos absolutos.

§ 306.

Todos los criminalistas afectos á mantener la exacta nocion de las cosas, observan con justicia, que quien prescindió de *denunciar* ó *impedir*, no es cómplice del

---

admitido el principio de la no complicidad en la *simple inaccion* de quien se abstuvo de *impedir* un delito cometido ante su *vista* por otro, ó de cuyo intento tenia *conocimiento* (30 Noviembre 1810, 13 Marzo 1812, 27 Marzo 1846, 15 Noviembre 1847), ha dado notable sancion á este principio, aplicándolo recientemente (16 Diciembre 1852) á un militar condenado á muerte, porque no habia impedido la grave insubordinacion de un compañero consumada á su vista: será, dice el tribunal, una falta en el desempeño del cargo, *complicidad* no.

delito por la incontestable razon de la falta de *voluntad* determinada hácia aquel, pudiendo acaso haber dejado de impedirlo por causa de temor ú omitido denunciarlo por piedad ó por decoro. La complicidad en un delito *no querido* seria un absurdo lógico y jurídico. Se podrá disputar sobre la conveniencia de imputar la omision como delito *sui generis*, no acerca de la complicidad resultante de la misma. Bajo cuyo punto de vista ha adquirido modernamente cierto crédito la doctrina llamada de *solidaridad defensiva de todos los ciudadanos*, por la cual se impone un deber para la prevencion de los delitos, suponiendo el derecho en los coasociados á que cada uno los prevenga (pudiéndolo hacer) por medio de sus fuerzas propias, cuya omision viola aquel deber y constituye la lesion de ese derecho.

§ 307.

El principio de la *solidaridad civil* en su aparicion histórica, se manifestó al proclamar la obligacion de los municipios de responder por los daños derivados de los delitos, que se cometiesen dentro de su término; principio significado con la fórmula de *fidejussione universali*, ó como sostiene Mittermaier, de *fidejussione mutua*. Feuerbach y Kruseman en sus disertaciones de *universali fidejussione* y de *fidejussione universali civium* lo discutieron con gran riqueza de erudicion. Un desenvolvimiento, ó mejor dicho, una mitigacion de ese principio fué la idea de constituir responsables, no ya á todos los vecinos del término, sino á aquellos tan sólo, que pudiendo impedir el delito, no lo hicieron. Las Córtes españolas aceptaron la idea en el proyecto de Código penal

de 1821, art. 494, opinion censurada por la Cámara de Castilla en sus observaciones al proyecto, pág. 59. Nuevamente se ha reproducido en el proyecto portugués de 1862. La conveniencia de semejante principio, discutible siempre en un pueblo regido por libres instituciones y avanzado en civilizacion, seria insostenible en un Gobierno absoluto. Piensa Krug, que la impopularidad de las leyes referentes al castigo de la omision de denuncia, procede de haber los legisladores impuesto la obligacion de denunciar tan sólo en los delitos políticos: generalizadla, dice, y se hará popular. Abrigo dudas sobre el cumplimiento de ese vaticinio. De otra parte, la cuestion es de *principios* no de *favor*, y admitida ha de generalizarse. Como es positivo tambien, que si se pretende hacer de ella un *delito especial*, no por eso podrán atribuírsele los caractéres de la *complicidad*. La aceptacion del principio de la solidaridad civil, la extension tolerable que pueda dársele, para determinar en el *silencio* y en la *inercia* un hecho criminal, no es materia pertinente al asunto actual. Nos basta recordar para el caso, que la utilidad y áun la racionalidad de imputar como delito ciertas omisiones, no son bastantes á contrariar la naturaleza de las cosas y á hacer proclamar como verdad una *repugnancia*. Y existe absoluta entre la nocion de la *complicidad* en un delito y la deficiencia de *voluntad* directa hácia el mismo. Podrá decirse: quien no denuncia ciertos delitos, de los cuales tiene conocimiento, viola un deber cívico y merece represion penal; mas no es sostenible, que la omision de denunciar lo constituya *cómplice*, á ménos de admitir la presuncion exagerada de que quien *no denuncia* el delito *desea* y *quiere* su realizacion. Fué, por lo tanto, equivocada la

opinion de los antiguos al admitir la complicidad por *reticencia* (1). Más errónea es todavía la opinion de Stubel (*de corpore delicti*), el cual no vaciló en enseñar, que la omision de denuncia por parte de quien tuviese conocimiento de un delito próximo á cometerse, lo constituye en *coautor* del mismo. Equivocado anduvo Schroter calificándolo de *còmplice culpable* por lo ménos. Tambien se invoca fuera de lugar la autoridad de Ciceron (*de officiis 1, 7)—injustitiam etiam esse eorum qui injuriam ab iis quibus infertur, si possint non propulsant.* Pudo muy bien Ciceron como moralista, señalar una *injusticia* en el acto de no socorrer á nuestro semejante en peligro, pero no dijo que la inercia nos haga responsables del delito por otro cometido, ni hubiera podido decir, que callando se quiera, ó que sin querer se conviene en la *sociedad* criminal. Ménos apartado de la verdad anduvo Tittman, determinando en el no impediente ni denunciante, no ya los caractéres del *autor* ó del *sòcio*, sino los del *fautor*. Se puede ser *fautor* de un delito áun sin haber querido ni querer el delito mismo, cuando conociéndolo se favorece su ocultacion en daño de la justi-

(1) Véanse á este propósito Glunding *singularia ad legem majestatis, cap.* 4, *de jure puniendi silentium*; Teschemaker *de jure silentii, cap.* 4, § 5; Vinckler *de crimine omissionis*, *Lipsia*, 1792. §§ 5 *y* 6; Raudiwck *de reticentia*, *Trajecti*, 1829; Bohemer *medit. in Const. ad. artic.* 177, § 7. Entre los antiguos sostuvo el delito llamado de reticencia Bartolo, combatido duramente por Baldo, que con superior ingenio dialéctico demostró la imposibilidad de definir como delito el callar: la doctrina de Baldo fué seguida por Alciato, Connano, Hunnio, Wissembach, Tulden, Meisinger y otros. Todos, empero, trataron la cuestion bajo el punto de vista especial de la *lesa majestad*, y ninguno la generalizó como se ha hecho modernamente.

cia. En este sentido no seria repugnante hallar cierta conexion de responsabilidad entre el culpable y el reticente: la cuestion, entonces, quedaria reducida á examinar la conveniencia de admitir un *encubrimiento negativo*.

§ 308.

He de notar en último término la insania de cierta solucion dada por algunos á la presente controversia, sosteniendo, que la complicidad no nace de la *presunta aprobacion* (!) del delito, sino del precepto de la ley, la cual al mandar la denuncia ha convertido en partícipe del delito á quien no cumpla con sus disposiciones (1). Con semejante procedimiento es fácil la solucion de todos los problemas, pero al usar de él se destruye la ciencia, cayendo en el absurdo de buscar el principio de la justicia en el derecho positivo. No se indaga en la ciencia cuáles sean las disposiciones del legislador terreno; se estudia, por el contrario, lo que el legislador deberá decidir sin menosprecio de la razon y sin agravio de la justicia.

§ 309.

Llegados á este punto, debemos volver nuestra vista

(1) Verdaderamente este sentido podia atribuirse al título especial de delito que nuestro Código de 1850 definió en el artículo 163, afortunadamente omitido en la reforma de 1870. (N. del T.)

por un momento á las nociones referentes al *segundo caso*, para evitar así cierta dificultad, que podria confundir la inteligencia. Expuse, que la *palabra* (*hablada* ó *escrita*) representaba la órden, la coaccion, el mandato, el consejo, la sociedad, cosas todas de mero *concurso moral*. Mas no ha de creerse por ello, que la *palabra* produce siempre el *concurso moral* tan sólo. Es indispensable distinguir entre la *palabra*, cuya accion se ejerce simplemente sobre la *voluntad* del autor físico y la *palabra* en la cual se exterioriza un principio de *ejecucion*. En esta segunda hipótesis constituye aquella verdadero concurso de *accion*, no ya en los delitos consistentes en palabras ó escritos, sino en todos los demás posibles. Cuando se dice á otro: envenena, roba, mata y cosas semejantes, estas *palabras* sólo indican un *impulso* comunicado á la *voluntad* de quien debe *obrar*; luego no es principio de ejecucion. Pero al decir al farmacéutico: preparad el veneno; cuando insidiosamente se induce á la doncella á trasladarse donde el raptor la espera; cnando con palabras traidoras se encamina á la víctima al lugar en donde el enemigo aguarda para matarla, no se da *impulso* á la *voluntad* del agente; se comunica directamente á la *accion*. Distincion sutil, pero exacta, por cuyo medio se deslinda el caso en que la palabra expresa el mero concurso *moral*, del en que constituye el concurso *físico*. En estas y parecidas hipótesis la *palabra* no se reduce al *medio* empleado para determinar la voluntad del *agente*; es un *medio* dirigido á determinar *físicamente* la *accion*, un acto *externo* necesario á la *ejecucion* del delito y á virtud de esas palabras, quien la profiere se convierte en *auxiliador*, tal vez en *correo*. Otro tanto acontece en los crímenes con-

sumados por medio de la palabra, como la blasfemia, la injuria, la conspiracion y demás análogos. Conviene, en suma, distinguir entre la palabra *excitadora* del ánimo del ejecutor, cuyos términos representan el mero concurso en la fuerza moral del delito, de la palabra *ejecutiva*, que constituye los términos del concurso en cuanto á la fuerza física.

§ 310.

Si de otra manera aconteciese, tendríamos casos de *coeficencia* dolosa libres de imputacion. El que sabiendo el peligro inminente de la víctima señalada la instigase á ejecutar actos, cuyo efecto fuese precipitar la consumacion del delito, no seria mandante ni consejero, pues ni el consejo ni el mandato se contraen á la víctima del crímen, y áun podria no ser tampoco sócio en el delito. En tales casos es necesario considerarlo como partícipe de la accion, y lo es en verdad, porque el hecho ejecutivo de su *palabra* entró en la série de los actos *ejecutivos* del crímen al igual de la mano, que lanzó al infeliz en el precipicio. La palabra no fué *excitadora* del delito; fué *ejecutora* del mismo.

§ 311.

Hemos dicho, que los actos subsiguientes á la consumacion del delito podian desenvolver la nocion del *auxilio* ó la del *encubrimiento*, segun la cronología de la voluntad de quien las puso en juego. Aun siendo posteriores al cumplimiento de la obra criminal, si fueron

prometidos ó *concertados antes de la consumacion del delito*, se retrotraen á causa del *conocimiento anterior*, y constituyen propio y verdadero *auxilio. Materialmente* adquieren realidad estos hechos, despues del delito, pero *intelectualmente* existian *antes*, porque el delincuente calculaba sobre ellos como cosa cierta por el pacto inícuo con el otro celebrado. El que convino en comprar la capa antes de ser robada; el que ofreció al homicida los medios de salvarse despues de perpetrada la muerte, será cómplice del hurto ó del homicidio, siquiera sus actos recaigan sobre hecho ejecutado. Si *materialmente* existieron esos actos despues del delito, *intelectualmente* existian antes, á causa de la *promesa* y del *conocimiento anterior*, que de ellos tuviera el delincuente. Su *realidad intelectual* anterior al delito, *influyó sobre la ejecucion* de este, porque el autor principal se decidió más fácilmente á cometerlo, cierto como estaba, de hallar un sitio donde esconder los objetos, ó un medio seguro de salvarse á sí propio. Por tal manera la *ocultacion* de las *personas*, de los *instrumentos* ó de los *objetos*, con ser posteriores al delito si *anteriormente* habia sido *concertada*, se convierte en *causa* del *delito* mismo.

§ 312.

Pero si los actos *posteriores* al delito no son consecuencia de *acuerdo anterior*, es generalmente absurdo aplicarles la idea de la *complicidad:* no existe *causa* posterior al *efecto*, lo mismo en su existencia *material*, que en su realidad *intelectal*. En semejantes casos se

produce un delito de por sí subsistente, llamado *encubrimiento* (1).

§ 313.

El *encubrimiento*, por consecuencia, ocupa un lugar en la teoría de la *complicidad* por razon de analogía, no por causa de pertinencia. Es una figura *adherida*, mejor que *conjunta*, al delito consumado. Puede definirse, segun la idea del Código toscano derivada de las modernas elaboraciones de la ciencia, *un acto externo idóneo, mediante el cual, con conocimiento y despues de la consumacion del delito, pero sin acuerdo anterior y sin llevar el delito mismo á consecuencias ulteriores, se ayuda á sus autores para asegurar el provecho criminal resultante ó eludir las investigaciones de la justicia.*

---

(1) Aunque los términos de nuestro Código, artículos 15 y 16, no son tan explícitos como fuera de desear, sin embargo, la interpretacion más propia de ellos parécenos que debe estar conforme con las doctrinas de Carrara sobre este punto. La complicidad, dentro de nuestra ley penal, exige dos elementos principales: 1.° Cooperar á la ejecucion del delito por medio de actos. 2.° Estos actos han de ser anteriores ó simultáneos á aquel. El encubrimiento, por el contrario, exige tres elementos expresamente previstos: 1.° Conocimiento del delito. 2.° Falta de participacion en él bajo el concepto de autor ó cómplice. 3.° Intervencion posterior á la ejecucion del mismo por medio de actos referentes á las personas culpables, á las cosas ó á los instrumentos del del delito. (N. del T.)

§ 314.

Decimos con *conocimiento*, porque no es suficiente la idoneidad accidental de un acto para favorecer á un culpable, si no se ejecutó *sabiendo* el delito y con el propósito de ayudar al delincuente. El conocimiento debe ser anterior al acto constitutivo del *encubrimiento*, sin que pueda sustituirse por la mera *sospecha*.

§ 315.

Se añade, despues de la *consumacion*, *pero sin prévio concierto*, porque si el favor se prestó antes de aquella, ó si procedió el *acuerdo*, nace entonces, como ya se ha visto, el *auxilio*.

§ 316.

Agrégase, *sin llevar el delito á ulteriores consecuencias*, pues de otra suerte tendríamos la continuacion del primer delito, esto es, una *participacion* verdadera en el mismo. Por este motivo los criminalistas autorizados persisten todavía en sostener, que el receptador ó adquirente doloso de cosas hurtadas, no es simple *encubridor*, sino *partícipe* real del delito de hurto, porque con sus actos consuma una *violacion ulterior* del derecho de propiedad (1).

---

(1) Véase mi escrito sobre la *receptacion de cosas hurtadas*: opúsc. vol. 3.

§ 317.

Dícese, *para asegurar el provecho criminal*, á fin de incluir en el encubrimiento cualquier modo con que se ayude al culpable, una vez acabado el delito, á obtener la ventaja de él esperada. Añádese, finalmente, ó *para eludir las investigaciones de la justicia*, con el objeto de comprender en la nocion del encubrimiento cuanto se ejecute coadyuvando al *interés* ó la *seguridad* del delincuente respecto de las investigaciones de la justicia, impidiendo á esta la prueba del crímen, la recuperacion del cuerpo del delito, ó la detencion del criminal consumado aquel (1).

---

(1) Esta idea, que expresa el fin de *salvar al delincuente* de las persecuciones de la justicia, prevalece en la denominacion usada por los españoles para indicar los fautores: *encubridores* (Véase Zúñiga, *Práctica judicial, vol. 2, pág.* 433). Más ámplio concepto expresan los portugueses con la palabra *adherentes* (a).

(a) El concepto de los receptadores ó encubridores en nuestra antigua legislacion, y segun los prácticos, era limitado, no sólo por razon de la materia, sino respecto á los entes objeto del encubrimiento. Las leyes 7 y 8, título 18 de la Novísima Recopilacion, hablan tan solo de la receptacion de bandidos y salteadores; la ley 18, título 14, Partida 7.ª, parece referirse á los encubridores de ladrones, y la 3.ª, título 27 de la misma Partida, castiga con pena de muerte al encubridor ó receptador de asesinos de cierta especie. La ley penal moderna, Código de 1850, reformado en 1870, contiene un precepto más comprensivo y exacto. Véase la nota al párrafo 312. (N. del T.)

§ 318.

En la antigua escuela se distinguia la *receptacion* criminal, en receptacion de *frutos* del delito, por ejemplo, comprando ó escondiendo las ropas hurtadas; receptacion de objetos pertinentes al delito, por ejemplo, armas, troqueles falsos de la moneda y otros, y receptacion de personas delincuentes. Y á la par que los criminalistas todos, enseñaban la in-imputabilidad política del simple *elogio* ó aprobacion del delito ya cometido, admitieron, por el contrario, la responsabilidad penal de las tres clases de *receptacion* mencionadas. El principio es justo, porque siendo esas receptaciones *intrínsecamente inmorales*, son además, políticamente imputables á causa del *daño* que producen á la justicia pública, y por el *influjo* directo, que la esperanza de hallar encubridores, aumentado por la impunidad de los mismos, puede ejercer sobre la determinacion criminal. Justo era imputarlas, pero erróneo aplicarles la regla de la *complicidad*.

§ 319.

La palabra *receptacion* no expresaba suficientemente todos los casos de criminal *favor*, pues áun sin esconder *cosas* ú *hombres*, cabe *favorecer* al delincuente con actos subsiguientes al delito, por ejemplo, embriagando ó eludiendo á los esbirros que persiguen al reo; engañando á los centinelas y otros casos análogos. Esta es la nocion admitida por el Código

toscano (art. 60, § 1), el cual, en conformidad á los principios proclamados por la ciencia, respecto á los *simples encubridores*, impuso penas levísimas, cuya medida no guarda relacion alguna con la pena infligida á los *autores* del delito. La razon es óbvia: este acto se enlaza con el delito ya consumado como mera accidentalidad, en la cual no se descubre fuerza alguna *directora* ó causante del delito. Acaso por este motivo, muchas legislaciones pudieron sin peligro, prescindir de los *hechos* de *favor* no *habituales* extraños á la *continuacion* de la violacion del derecho, considerándolos más bien como consecuencia de un laudable y generoso espíritu de humanidad, que como efecto de tendencia criminal.

§ 320.

El Código toscano no lo entendió así. Castiga indistintamente cualquier acto no habitual y sin prévio concierto, con el cual se ayude por el estímulo de la remuneracion, por sentimiento de afeccion ó piedad á la fuga del reo ó á la ocultacion del delito: acaso se tiende á convertir á los ciudadanos en delatores en provecho de la justicia. El Código unificó los casos de mero *favor* á la *persona* del reo y de *ayuda prestada para asegurar el beneficio criminal*, aunque en ambos sean totalmente distintos el *afecto* y el *efecto*. Mostróse excesivamente severo contra todo acto de piedad, y fué benigno con la codicia y el interés. De hecho, prevé despues el caso especial del que *recibe á sabiendas en custodia cosas robadas*, y lo castiga en el art. 418 *menos* que al *encubridor*. Por manera, que el comprador á sabiendas de cosas robadas

no puede ser castigado á más de un año de cárcel (artículo 418) mientras el que ayuda al ladron á esconder ó depositar en poder de otra persona las cosas robadas, llega á merecer hasta dos años de cárcel (art. 60). De cuya singular diferencia, francamente, no encuentro el secreto motivo.

§ 321.

Notaré un solo hecho: mientras las leyes romanas llamaron á los receptadores *pessimum genus (Ley 1, ff. de receptaribus)* y muchas legislaciones han hecho de la receptacion de *cosas furtivas* un caso especial para castigarlo *más duramente*, hasta la exageracion á veces (Código francés, art. 62), el nuestro, además de calificar este hecho como un simple *favor*, no obstante sus caractéres distintos, se muestra benigno con los compradores dolosos de aquellos objetos, y ha hecho de ellos un caso especial para castigarlos con pena *menor*. Largamente tengo expuesto mi modo de pensar á este propósito, en el discurso sobre *receptacion* de cosas furtivas; mi idea es la siguiente: es un error capital construir un delito contrario á la *verdad*; la verdad del *título* ha de buscarse en la *inclinacion* del delincuente cuando el *efecto* no excede al *afecto*. Por lo cual, no puedo acostumbrarme á buscar el título del *encubrimiento*, cuyo especial concepto es el ánimo de proteger á los culpables de un delito ya consumado, ó eludir las investigaciones de la justicia que los persigue, en el hecho de quien sin acuerdo alguno con el malhechor, sin afeccion hácia él ú hostilidad contra la justicia, pero

movido de propio interés, *concurre* con acto doloso á la *continuacion, ó continúa él mismo en propio provecho* la violacion del derecho atacado ya por la consumacion del primer reato. Todos aquellos en quien se dan tales condiciones, no pueden llamarse meros *encubridores,* ni ser imputados únicamente á tenor del perjuicio efectivo ó potencial causado por ellos á la justicia punitiva. Debe establecerse una clase especial conforme á la índole de su propósito criminoso y á la necesidad de represion más enérgica. Dicha clase es la de los *continuadores* del delito.

§ 322.

Pero, ¿constituye límite del *encubrimiento* la *comunicacion de voluntad* con el delincuente? El mismo acto de *favor* puede ejecutarse á *solicitud del culpable* ó por *espontáneo* impulso de piedad, áun *sin saberlo* aquel. ¿Deberá igualarse este segundo caso con el primero? En el terreno del derecho constituido engendran dudas las frases *ayuda prestada al delincuente.* En el terreno constituyente repugnaria, que una voluntad criminal se considerase *accesoria* de otra, cuando entre las dos inteligencias no medió comunicacion alguna. Ciertamente, el criado que, por mala voluntad hácia el amo, dejó abierta la puerta de la casa con la esperanza de que un ladron penetrase en ella, no puede, á pesar de su perversidad, decirse *auxiliador* del ladron, al cual no vió, ni con el cual tuvo relacion alguna, siquiera mediata, porque el *auxilio* ha de considerarse como *accesion* del delito principal. La repugnancia notada se disipa en el

encubrimiento, que se reputa delito subsistente de por sí. Bajo este punto de vista, parece admisible la responsabilidad penal del que borró los vestigios del delito por otro cometido con el propósito de eludir la justicia, áun cuando lo haya ejecutado espontáneamente sin *saberlo* el delincuente y sin acuerdo con él. No me parece aceptable la opinion de Wolthers (*pág. 146*, § 5), que reputa necesaria para el *encubrimiento* de un delito, la intervencion de un acuerdo posterior á la consumacion entre el autor ó auxiliador del maleficio y el encubridor: *in fautore delicti adesse debet aliqua cum auctore intelligencia, post delictum peractum exorta.* Reconocido el objeto del encubrimiento en el daño á la justicia, cuyas operaciones se dificultan, la eficiencia del hecho no se modifica por la anuencia ó la ignorancia del autor favorecido; el dolo especial del encubrimiento se mantiene íntegro si contiene la intencion de sustraer un delincuente á la accion de la justicia. La conexion se presenta con el hecho, no con la persona.

§ 323.

Pretenden otros hallar un encubridor en el propagandista del libelo famoso ya publicado, que es verdaderamente autor de libelo famoso, segun la nocion más exacta de este reato, cuya consumacion consiste, no en formular el escrito infamante, sino en difundirlo.

§ 324.

No atino cómo se abrigue duda sobre la limitacion, que la ciencia penal y la moral misma establecen, en cuanto al *encubrimiento* en el caso de ejecutarlo *parientes* cercanos del culpable. Cuanto el pariente próximo del reo haga para salvar á éste de la pena, bien *ocultándolo,* bien destruyendo los *vestigios* del delito, si no se dan los caractéres especiales de otro delito, no puede castigarse por el delito de encubrimiento sin poner la ley civil en sagrílego antagonismo con la ley natural (1).

§ 325.

La circunstancia de prestar el auxilio á un *cómplice* del delito ó al autor principal del mismo, es indiferente en la nocion del *encubrimiento*; el cómplice no deja de ser delincuente y no debe ser objeto de favor alguno con

(1) Nuestro Código vigente, art. 17, exime de las penas impuestas á los encubridores, á los que lo sean de los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos naturales y adoptivos ó afines en los mismos grados, con sólo la excepcion de los que se aprovechen por sí mismos ó auxilien á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, que es el caso previsto en el art. 16, § 1.º Por donde se ve que la excepcion á que el autor alude resulta admitida, mas no en todas sus partes, pues aún resta un título de encubrimiento no obstante tratarse de próximos parientes del culpable, en lugar de definirse un título especial de delito como Carrara sostiene. (N. del T.)

agravio de la justicia. Más grave cuestion se suscita en el caso de auxilio á un imputado, favoreciendo por ejemplo, su fuga, aunque luego obtenga veredicto de inocencia. Tenemos de una parte la letra de la ley y la observacion de que no se ha favorecido á un *culpable*. Está de la otra el interés público de dejar libre el curso de la justicia, que el particular no debe dificultar anticipando los juicios.

§ 326.

Recapitulando la descripcion de los diferentes casos de participacion en el delito de otro, vengo al resultado siguiente: los codelincuentes han de distinguirse en varias categorías para llegar á la nocion exacta de cada uno.

1.ª *Motores* del delito: los que lo excitaron con simple impulso moral sobre el ánimo del ejecutor. Refiérense á estos los *sócios*, esto es, aquellos que habiendo formado con otros delincuentes un pacto de alianza para el lucro, sin intervenir ó cooperar materialmente en el delito, influyen sobre éste á causa del impulso comunicado á la voluntad de los autores.

2.ª *Auxiliadores* ó concurrentes material y conocidamente á los actos *propios* ó *ejecutivos* del delito, con voluntad directa, pero sin intervenir en los actos *consumativos*.

3.ª *Autores* que intervienen personalmente en los *momentos* de la *consumacion* del reato, los cuales, si son muchos, han de distinguirse con rigurosa exactitud en

coautores y *correos*, segun que coadyuvaron ó no al acto constitutivo de la *perfeccion* del delito.

4.ª *Continuadores*, los que tomando pretexto de un delito *ya consumado* por otro, continúan de cualquier manera repitiendo la *violacion del derecho* mismo ofendido antes por el delito consumado.

5.ª *Receptadores*, en el puro sentido del vocablo romano, ó sean los que *habitualmente* prestan asilo al delincuente ú ocultan los objetos procedentes del crímen.

5.ª *Encubridores*, los que sin repetir la ofensa del derecho violado con el delito y sin prévio acuerdo con los delincuentes, les prestan asistencia de cualquier modo para impedir el descubrimiento del uno y el castigo de los otros.

§ 327.

La fórmula á la cual y segun mi modo de ver, conduce esta clasificacion á la justicia distributiva se desenvuelve en los siguientes cánones:

1.° Son igualmente imputables el *autor*, el *motor* y el *auxiliador* cuando aparezca que sin su *concurrencia* no se habria consumado el delito.

2.° Fuera de este caso debe establecerse una escala descendente de imputacion, cuyo primer grado lo ocupen los *autores*. El segundo, proporcion guardada con su influencia, los *motores* y *auxiliadores* en los cuales no se dé el antedicho término de conexion *necesaria*. El tercero los *continuadores*. El cuarto los **receptadores**, y el último los *encubridores*. Abrigo tan firme conviccion acerca de la justicia y exactitud de esta distribucion de

nociones y grados, que tengo confianza absoluta de verla realizada en alguna legislacion penal, no porque yo crea suficiente á conseguirlo mi pobre voz, sino porque la fuerza poderosísima de la verdad tarde ó temprano se abre camino por su propia virtud.

§ 328.

Lugar oportuno es este de examinar tres importantes cuestiones, que planteo en los términos siguientes: 1.ª ¿Es admisible la *tentativa* de *complicidad*? 2.ª ¿Es admisible la *complicidad en la tentativa*? 3.ª ¿Puede admitirse *complicidad de complicidad*? Las tres cuestiones son de importancia suma en la práctica, pero si la solucion de las dos primeras es fácil y clara, no es tan hacedero reducir á precepto absoluto la solucion de la última.

§ 329.

PRIMERA CUESTION. ¿Es admisible la tentativa de complicidad? Respondemos con la mayoría de los doctores negativamente, sin que parezca posible otra respuesta. Las razones para ello son todas de órden ontológico, y por lo tanto las más positivas y concluyentes que pudieran desearse. Es esencial á la *complicidad*, que el hecho constitutivo de la misma haya tenido *eficiencia* sobre el delito principal, en cuya responsabilidad se quiere comprender al autor de aquella. Es esencial á la tentativa, que el hecho al cual se aplique la nocion de ella no *haya tenido eficiencia* bastante á producir el fin deseado. Ambas proposiciones apodícticas combinadas

muestran la repugnancia ontológica de una *tentativa de complicidad*. Para concebir esta idea es preciso asentar la hipótesis de un cómplice, que pretendiendo ejercer influencia moral ó física sobre un delito realizable por otro, haya sido defraudado en su intento porque no pudo ejercitar aquella; es además intuitivo, que la complicidad debe ser *consumada*, no meramente *intentada*. Pues como cualquiera intencion ó hecho depravado no puede constituir complicidad punible si no concurre eficazmente con las fuerzas propias del delito principal, es manifiesto, que á la intencion ó al hecho extraños á esa influencia, les falta la condicion primaria indispensable para ser complicidad punible. Háyase intentado auxiliar ó instigar al delito, que otro pretendia cometer; haya este consumado realmente aquel delito, si lo ejecutó sin que el auxilio y la instigacion intentados adquiriesen los caractéres de fuerza concurrente al delito, toda esta última obra se mantiene en la esfera de las malas intenciones, pero resulta carente del elemento político. Un amigo me escribe participando su pena por la infidelidad descubierta de su esposa; le contesto instigándole al parricidio y dándole instrucciones sobre el modo de verificarlo, pero mi carta va al correo cuando ya mi amigo habia matado á su mujer. ¿Dónde está mi complicidad? Otro me descubrió el propósito de matar á su adversario con veneno y me rogó se lo procurase; encontré el veneno y lo remití, pero aquel mató á puñaladas á su enemigo. ¿Soy por ventura cómplice? Ni el veneno coopera á la herida ni la carta escrita despues del parricidio coopera á esta. Otro para ayudar á un amigo en el robo, le provee de instrumentos idóneos para forzar la caja donde el dinero se contiene; el ladron, en efecto,

se introduce en el lugar designado y roba, pero encuentra accidentalmente abierta la caja y consuma el delito sin el auxilio de aquellos instrumentos. ¿Qué complicidad es imputable á quien los suministró? Diráse: hubo perversa intencion; se ejecutaron actos exteriores; habia en ellos la suficiente potencialidad para alcanzar el fin criminal. Es verdad, mas ante la realidad de lo ocurrido, la intencion depravada queda reducida á un mero deseo; el acto exterior resulta sin vínculo alguno con el robo efectuado; su potencialidad no ha pasado al estado de eficiencia actual. Hubo tentativa de convertirse en cómplice, pero no hecho punible, pues de modo alguno fué causa de la lesion del derecho. Su solucion contraria, seria además, absurda: de hecho el proveedor de de los instrumentos no queria coadyuvar al robo en el momento consumativo de la *sustraccion*; queria ayudar á la *fractura*, pero esta no tuvo lugar y de tal circunstancia, por lo tanto, no puede formarse un cargo contra el autor principal. Luego el pretendido cómplice deberia serlo de un robo con fractura, cuando el autor principal solo era responsable de un robo simple; lo cual someteria al primero á un título y á una pena más graves, que la aplicada al autor principal, cuyo absurdo no requiere encarecimiento alguno. Véase cómo la solucion negativa demostrada suficientemente *a priori* tiene tambien su prueba argumentando *a posteriori*. La tentativa de complicidad es un mónstruo jurídico: su cómplice será redargüible ascéticamente, políticamente no.

§ 330.

CUESTION SEGUNDA. ¿Es admisible la complicidad en la tentativa? No es dudosa para mí la solucion afirmativa (1), como no lo era la negativa en la cuestion resuelta anteriormente. La tentativa es un delito, pues que la ley lo castiga como tal, amenazando, no ya al violador efectivo del derecho, sino al que, en ciertas condiciones, lo pone en actual peligro. Si al hecho constitutivo de la tentativa concurre alguno como cómplice, lo hace eficazmente en un acto constituyente de delito, y asume la responsabilidad proporcionada. El veneno fué suministrado con cabal conocimiento; fué además propinado, pero la víctima, por ventura, sobrevive. Si hubiese muerto por causa de aquel veneno, su fabricador seria cómplice del envenenamiento consumado, ¿cómo dejar de serlo del intentado? El acto de complicidad se consumó, y consiguió el efecto inmediatamente querido, esto es, de poner en manos del autor principal el instrumento ó el medio para consumar el delito. Desde aquel instante, la suerte del cómplice quedó indisolublemente ligada á la del autor principal: si la fortuna, salvando á la víctima, salvó tambien al autor de la pena del delito consumado, el último, sin embargo, quedó responsable de la tentativa, una vez consumada la ejecucion. De semejante fortuna se aprovechará tambien el cómplice,

---

(1) Consúltese Ortolan, *Elementos de derecho penal*, § 1.290.— Haus, *Principios generales de derecho penal belga*, § 373 y siguientes.

por cuanto ha de responder de delito meramente intentado, pero no se redime totalmente de la culpa incurrida.

§ 331

A propósito de esta segunda solucion se ha de advertir, que no ha de tomarse en sentido contradictorio de lo resuelto en cuanto á la precedente cuestion. Siempre ha de afirmarse decididamente, que la complicidad para serlo y como tal punible, debe *consumarse*, no simplemente *intentarse*: es decir, que haya tenido eficacia real sobre los actos ó cargos del autor principal. Nada importa que estos actos, considerados en sí mismos, constituyan un conato ó un delito perfecto; importa, por el contrario, la eficiencia sobre ellos del acto constitutivo del complicidad. La *consumacion de la complicidad*, nótese bien, consiste en la influencia ejercida por el acto del cómplice sobre el acto imputable como conato ó como delito perfecto. Expliquémoslo por medio de un ejemplo: Pedro queria robar en una casa; para introducirse por la ventana suplicó á Luis le proporcionase una escala; Luis, con conocimiento del objeto, la proporcionó. Despues, para abrir la caja en la cual se contenia el dinero, rogó á Cárlos le fabricase una llave falsa, y Cárlos lo hizo con pleno conocimiento tambien. Comienza Pedro la ejecucion; apoya la escala de Luis sobre la ventana, penetra en la casa, recorre las habitaciones y llega hasta la caja, pero en este momento es sorprendido. Pedro es reo y responsable de tentativa de robo. Luis, sin duda lo es de complicidad en dicha tentativa, porque

el hecho constituyente de su auxilio tuvo eficacia sobre el hecho constituyente de la tentativa del autor principal, esto es, la entrada mediante escalamiento con el fin de robar. Pero Cárlos, el perverso fabricante de la llave, no es todavía punible como cómplice, porque el hecho determinante de su complicidad no tuvo eficacia alguna sobre los hechos constitutivos de la tentativa punible de Pedro, y la série de actos sobre los cuales hubiera ejercido influencia su auxilio (apertura de la caja con la llave falsa), no tuvieron principio de ejecucion, ni forman elemento de la imputabilidad dirigida contra Pedro. Aquí, como en el tema precedente, Pedro intentó auxiliar, pero no auxilió ni siquiera en el conato.

§ 332.

Cuestion tercera. ¿Puede admitirse *complicidad* de *complicidad*? Para comprender bien la importancia de esta cuestion, mucho más sutil que las dos anteriores y las razones de duda que en ella se ofrecen, considero oportuno concretarla mediante la suposicion de algunas entre las muchas hipótesis en las cuales se puede presentar.

Primera hipótesis. Pedro ha ideado matar á su esposa usando al efecto del veneno, pero no sabe cómo procurárselo, y acude á su amigo Luis, al cual revela el propósito homicida que le anima y lo induce á proporcionarle aquel medio. Luis nada sabe de preparar venenos, pero amigo de Cárlos, hábil químico, lo persuade, mediante precio, á suministrar aquella sustancia,

anunciándole que se empleará por un marido para matar á su esposa. Cárlos prepara el veneno, lo dá á Luis, este lo entrega á Pedro, y el parricidio se consuma. A Cárlos se le imputa la complicidad por *suministro de los medios*: en realidad lo hizo; la sustancia fué eficaz para el envenenamiento, y se entregó con pleno conocimiento del destino criminal. Pero Cárlos responde, que no conoce ni remotamente á Pedro; que nada ha hablado ni concretado con él, y no puede ser tenido como su cómplice á causa del acuerdo con Luis, mero cómplice este mismo del envenenamiento, pues no se admite *complicidad* de *complicidad.*

SEGUNDA HIPÓTESIS. Cárlos quiere instigar á Pedro para un homicidio; no lo conoce, pero sabe que Luis es íntimo de aquel y en su consecuencia, compra el auxilio de éste y lo induce á convertirse en instigador de Pedro. La proposicion inícua produce su efecto; la instigacion de Luis vence el ánimo de Pedro, que se convierte en homicida. Se imputa á Cárlos la complicidad por *instigacion.* En realidad esta partió de él y fué, por lo tanto, causa eficiente del homicidio. Pero Cárlos responde: yo he instigado á Luis y no á Pedro, con el cual no hablé y no puede admitirse *complicidad* de *complicidad.*

TERCERA HIPÓTESIS. Pedro proyectaba cometer un robo en cierta casa. Sabe que Cárlos, doméstico de aquella, fué despedido y concibe la idea de que éste le facilite las instrucciones oportunas, sin las cuales no podria cometer el robo deseado; acude á él, lo interesa y lo induce á procurarse aquellas necesarias instrucciones, comunicándoselas despues. Cárlos facilita las instrucciones pedidas á Luis, sabiendo que han de utilizar-

se para cometer el robo de sus antiguos amos, y deseoso de vengar la despedida. Merced á esto, Pedro comete el robo. Se imputa á Cárlos la complicidad por *instrucciones* dadas; en realidad las dió, fueron eficientes y se facilitaron con dolo. Mas Cárlos contesta: yo dí instrucciones á Luis, el cual no fué autor del robo, sino cómplice, é insiste en que no habiendo hablado con Pedro, único autor del robo, no puede objetársele *complicidad de complicidad.* Las tres hipótesis de complidad referidas por *suministro de medios*, por *instigacion* y *por instrucciones* para el delito, se refieren á la cuestion propuesta. ¿Deberá ser idéntica ó diversa la respectiva solucion? ¿Cuál será? La *duda* hemos de resolverla, segun el derecho *constituido* y segun los principios de la ciencia.

§ 333.

Ante los derechos constituidos, la solucion del problema depende acaso de las definiciones *reales* ó *personales* admitidas para las diversas formas de complicidad; esto puede suministrarnos alguna luz cuando resulte, que el diverso modo de definir se haya preferido advertidamente por el legislador para ocurrir á la dificultad propuesta. Este acuerdo, sin embargo, dudo que pueda mantenerse siempre como hijo de deliberado consejo ó más bien como efecto de ciertos accidentes de la locucion. Por ejemplo, el Código toscano, art. 49, letra C, al definir la participacion en el delito de otro, cometida por medio de *instigacion*, emplea la fórmula: instigando dolosamente al *agente.* Esta definicion es

personal y da márgen á objetar que el instigador de un *cómplice* sin relacion alguna directa con el *autor* del delito, no cae bajo el dictado del artículo porque no instigó al autor. De otra parte, este Código, considerando al instigador como *autor del delito*, repugna que se castigue con la pena de autor al instigador de alguno para hacerlo *cómplice*, mientras el *instigado* sufre menor pena. Por el contrario, ese mismo Código da del auxilio por *suministro de medios* ó por *instrucciones* una definicion real, cuando en el art. 55, letra B, considera auxiliador al que *indicò* ó suministró medios de cometer el delito, ó indirectamente *facilitò* la *ejecucion*, sin tocar para nada á la *persona* sobre la cual se obró. Además, con la palabra *indirectamente* hace sospechar con fundado motivo, que sea igualmente punible el auxilio doloso y eficiente, lo mismo si se prestó *inmediatamente* al autor del delito ó *mediatamente* por el intermedio de un cómplice. Si semejante disparidad de locucion hemos de reputarla como sériamente escogida para un concepto jurídico diverso, será preciso sostener que el Código toscano resuelve las tres hipótesis propuestas de distinto modo, exigiendo la accion *inmediata* sobre el ánimo del autor en el partícipe por instigacion y aceptando el concurso mediato en el auxilio por suministro de instrumentos ó medios. La diferente razon de decidir puede acaso estribar, en que siendo el auxiliador llamado á rendir cuenta de su *concurso material* en el hecho criminal, la eficiencia dolosa de este hecho basta para sujètarlo á responsabilidad. Por el contrario, como el instigador es llamado á dar cuenta de un concurso meramente *moral*, esto es, de la fuerza ejercida sobre el *ánimo* del autor para resolverlo á delinquir, se debe exi-

gir el inmediato contacto de las dos inteligencias y de las dos voluntades.

§ 334.

El Código francés de 1810 da en el art. 60 una definicion *real* de la complicidad por instigacion: *los que por medio de dádivas, promesas, abuso de autoridad ó de poder, maquinaciones ó artificios culpables hayan provocado á la accion ó dado instrucciones para ejecutarla,* definicion, que evidentemente es del todo *impersonal.* Pero el mismo Código en el artículo precitado adopta una definicion *personal* de la complicidad por *suministro de medios: los que con conocimiento hayan ayudado ó asistido al autor ó á los autores de la accion en los hechos que la hubieren preparado ó facilitado ó en los que la hubieren consumado* (1). Aquí la letra de la ley parece exigir la asistencia prestada al *autor* y excluir la prestada al cómplice. Por esto los juristas franceses notaron como especialidad digna de observarse la sen-

---

(1) Las definiciones de nuestro Código á este propósito son tan genéricas, que el arbitrio en la interpretacion y aplicacion de las mismas tiene ancho camino por donde discurrir sin medida. Esto no obstante parece, que ambos tipos de definicion pueden señalarse. Cómplices (art. 13) son los no comprendidos en el título de autores, que cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos. Ahora bien; ¿quiénes son los autores? 1.° Los que toman parte directa en la ejecucion del hecho. 2.° Los que fuerzan ó inducen á otros directamente á ejecutarlo. 3.° Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera verificado. Tenemos, pues, bien patentes los dos tipos de definicion real y personal. (N. del T.)

tencia del Tribunal de Casacion de 23 de Mayo de 1844, decidiendo, que tan partícipe de la responsabilidad criminal era el que á sabiendas dió instrucciones ó voluntariamente instigó al delito obrando *directamente* sobre el ánimo del autor, como el que maliciosamente indujo á otro á dar al autor tales instrucciones ó á provocarlo á delinquir. De observar es, que cuando la complicidad nace de un modo de accion puramente *psicològico*, se unifica más fácilmente que mediando hechos materiales.

§ 335.

Pero dejemos el derecho constituido, que inunda la mente de ideas preconcebidas, é indaguemos como filósofos los principios racionales. ¿Cuáles son ante la ciencia pura los preceptos aplicables á la solucion de los problemas indicados? El elemento *material* de la complicidad, ó sea la fuerza física, concurre siempre que el acto imputable ejerció realmente influencia sobre los momentos constitutivos del delito, de tal suerte, que al imputado como cómplice pueda considerársele con verdad, una de las causas físicas del delito. Pues esta condicion se puede encontrar así en el que prestó ayuda ó suministró las instrucciones al autor, como en el que lo hizo *per alium*, mediante persona interpuesta. El elemento *moral* de la complicidad, ó sea la fuerza *moral* subjetiva, concurre cuando el acto coeficiente del delito se ejecutó con el fin determinado de procurarlo, excitando al autor á cometerlo ó sugiriéndole ó facilitándole los medios: la relacion entre ambas voluntades no deja de existir por el accidente de un tercero interme-

diario, el cual hace las veces de la mano, de la palabra, de la carta y obedece al cómplice, juntando la voluntad y el hecho de éste con la voluntad y el hecho del autor. De modo, que la distincion tampoco parece aceptable por este lado.

§ 336.

Verdad es que á mi juicio se necesita una *conjuncion específica* de la voluntad del cómplice mediato con el autor del delito. Faltando la direccion *específica* no considero insuficiente la *conjuncion inmediata* para determinar los cómplices, pero de hecho no lo seria la *mediata*. No basta que el pretendido cómplice haya suministrado á mi amigo el veneno, la escala ó la falsa llave, sabiendo *genéricamente* que pudieran servir para un envenenamiento ó un robo. Era indispensable el conocimiento preciso del robo ó del envenenamiento, que se pretendia cometer. Sin esta circunstancia podia señalarse un acto dañoso y depravado, digno de ser castigado como delito *sui generis*, mas no podrá sostenerse la existencia del *nexo ideològico* necesario para la complicidad entre el delito consumado y los actos del pretendido cómplice. Dígase lo que quiera en punto á *receptacion*, donde no se trata de una fuerza productora de verdadera y propia complicidad basada sobre el principio de la causa influyente y voluntaria del delito, la *voluntariedad* no puede afirmarse rigurosamente en quien *ignora* el hecho específico, de cuya comision se trataba. El dependiente del cerrajero puede ser cómplice de la fabricacion de ganzúas sin ser partícipe del robo, del cual es verda-

dero cómplice el cerrajero conocedor del destino de aquellos instrumentos.

§ 337.

Véase la doctrina de Kessenich (*Disertacion sobre complicidad, vol. 2,* § 23, *pág.* 52). *La reflexion siguiente convence muy pronto de que no hay cómplice de cómplice:* O (A): *El còmplice del verdadero cómplice ha sabido que la accion ò la omision de éste tendia á contribuir á un delito y entonces al primero tambien se hace còmplice* O (B): *no ha sabido que la accion ó la omision del verdadero còmplice tendia á contribuir á un crímen, en cuyo caso conviene distinguir:*

(a) *La accion ò la omision del verdadero còmplice era ya criminal en sí: el còmplice de éste incurre en la pena señalada á la complicidad de aquella accion ú omision.*

(b) *La accion ò la omision del verdadero còmplice sôlo era criminal por su fin: pues no hay entonces cómplice de cómplice.*

CASOS ANORMALES.

MODIFICACIONES EN LAS REGLAS ORDINARIAS DE LA COMPLICIDAD.

§ 338.

Habríamos terminado la teoría de la complicidad si

debiésemos limitar nuestro estudio á los casos ordinarios. Pero al establecer las reglas de la imputacion en los diversos momentos y grados de *complicidad*, hemos partido de tres supuestos: 1.° *Coerencia* perseverante de *voluntades* entre sí. 2.° *Coerencia* de la *accion* con la voluntad. 3.° *Coerencia* de la *posicion personal* jurídica de los partícipes. Estas relaciones presupuestas desaparecen en circunstancias dadas, y del desequilibrio nacen irregularidades, que modifican las reglas establecidas. Es necesario, por lo tanto, insistir algo más sobre la teoría para examinar los resultados de esas variedades posibles.

§ 339.

2.° *Coerencia perseverante de voluntades.*—La coerencia de voluntades debe haber existido necesariamente un momento para que exista la *complicidad.* Si el consentimiento sobre el *idem placitum* criminal no resulta, es absurdo imaginar conexion: el vínculo del querer comun es el anillo que enlaza á los partícipes de un delito. Si el sócio ó el mandatario no aceptaron la proposicion criminal, tendremos la *nuda proposicion* de delinquir, punible *in gravioribus* como *hecho aislado* (Código penal toscano, art. 54), no con la razon de la *complicidad.* Es de notar esta circunstancia en el caso de consumacion posterior del delito por el *rehusante,* que se negó primeramente. En tal caso la falta de acuerdo concluye la *complicidad* y surge la presuncion respecto de aquel de haber obrado por su *propia cuenta.* Aun aquí podrá penarse la *proposicion de delinquir* como

hecho aislado, ocasion cuando más, del delito ejecutado, jamás por causa de complicidad.

§ 340.

La duda nace cuando existió el *momento del acuerdo*, en el cual por consecuencia estribaria el *fundamento de la complicidad*, y despues ocurrió un *cambio* en cualquiera de las dos *voluntades* anteriormente *conformes*, lo que sucede si uno de los partícipes varía de pensamiento y desiste. ¿Cuál será el efecto de este desistimiento? A precisar este punto se dirige nuestra indagacion.

§ 341.

Evidentemente los casos pueden ser dos: el autor principal se arrepiente; el cómplice resiste. Si el autor principal (esto es, el que debia *realizar* la *consumacion*) desiste, su arrepentimiento no puede modificar la accion prevista: los motivos son óbvios.

§ 342.

Si se arrepiente antes de realizar algun acto de ejecucion, en este caso favorece al sócio, al consejero, al mandante, pues no existiendo acto ejecutivo imputable políticamente, aquellos son responsables tan sólo del simple mandato, consejo ó asociacion, mirados como

hechos aislados, en cuanto sean imputables como actos criminales subsistentes por sí mismos.

§ 343.

El autor principal se arrepiente despues de haber realizado para la ejecucion del delito actos constitutivos de tentativa, luego existe tentativa (1) sobre la cual podrá fundarse y medirse la imputacion. Pero esta imputacion desaparecerá en cuanto al autor principal, que oportunamente desistió, porque la suspension del acto criminal respecto de él, derivó de causa *voluntaria*, segun veremos más adelante. Por lo tocante al sócio, al auxiliador, al mandante, aquel desistimiento del autor principal *es causa extraña á la voluntad de los mismos* y puramente *casual*. Por manera, que el desistimiento del autor principal les aprovechará para evitar la pena del delito *consumado*, como les habria favorecido tambien cualquier accidente obstatorio á la consumacion, mas no por ello eluden la pena de la *tentativa*.

---

(1) No alcanzo á comprender la hipótesis formulada en el trabajo reciente de un ilustre jurisconsulto italiano, es á saber: la de *homicidio frustrado á causa de desistimiento* Declaro, que pareciéndome imposible semejante concepto, lo atribuyo á un descuido de la pluma. Si es de esencia del *homicidio frustrado*: 1.° La realizacion de *todos los actos necesarios* para consumar la muerte. 2.° La *voluntad perseverante* del culpable hasta el último acto de la ejecucion inclusive, me parece absolutamente inconcebible aquella hipótesis.

§ 344.

Si el desistimiento no procede del autor principal, sino del sócio, del consejero, del mandante, del auxiliador, el caso se complica. Despues de dado el consejo *eficaz*, el consejero se arrepentió; despues de preparado el veneno, el auxiliador ha sentido repugnancia al delito para cuya comision tan fácilmente suministró los medios; despues de conferido el mandato, el mandante lo revocó. Estos desistimientos, sin embargo, no detuvieron al autor principal, que recorrió todos los grados del delito preconcebido. En cada una de estas hipótesis la ciencia admite reglas especiales, variables segun las circunstancias.

§ 345.

Ignorado por el autor principal aquel desistimiento, la responsabilidad del mandante, del cómplice, del consejero será evidentemente la misma; impulsaron al delito cuando quisieron; variado su propósito, no tuvieron tiempo de evitar los tristes efectos del impulso comunicado. Un desistimiento, que no alcanza á impedir el delito, no puede cancelar el impulso ya comunicado al mismo y quien lo dió, es plenamente responsable ante la ley civil.

§ 346.

Pero el autor principal conoce á tiempo aquel desistimiento y no obstante, prosigue en su idea: en tal caso la teoría admite una distinciou ulterior. Ha de apreciarse, si el concurso del cómplice desistido sirvió ó no para *facilitar*, ó fué impulso *determinante* del delito. Si no tuvo *eficiencia* sobre el delito, el autor principal procede entonces por cuenta propia y lo arriesga todo: los otros no son responsables ó partícipes de su tenacidad criminal. Mas si el concurso de los desistidos sirvió para facilitar el delito; si el consejero dió *instrucciones* indispensables á la consumacion, *estimulò la causa de delinquir* en el autor, ó el *auxiliador* procuró los medios necesarios, arrepiéntanse ó manifiesten en tiempo oportuno al autor su desistimiento, no basta, porque subsisten sobre su mala voluntad interrumpida, los efectos perniciosos de la misma. En la série de los hechos aparecen siempre como *causa* del maleficio. Si pretenden evitar el daño, no han de limitarse al arrepentimiento y á manifestar su cambio, sino que han de poner en contribucion todas sus fuerzas para impedir el delito, que si acontece será consecuencia de sus actos anteriores. Notemos la diferencia entre el *auxiliador* y el *instructor*, el *mandante* y el *sòcio*. Los dos últimos realizaron un pacto criminal, que roto oportunamente por su voluntad, aunque el autor principal persista en el propósito criminoso, la *presuncion* excluye á aquellos de sus consecuencias. Responderán únicamente del primer pacto originado del *mandato* ó de la *sociedad*, el cual, en de-

terminados casos será punible como delito subsistente de por sí.

§ 347.

La situacion de los otros dos es muy diversa, porque la *facilitacion* de instrucciones y el *impulso* por ellos comunicado al delito no es un hecho, que pueda retractarse como el consentimiento prestado en el pacto. Si el delito se produce, es por consecuencia del hecho ejecutado é irrevocable, que al verificarse fué dirigido rectamente hácia aquel. Dedúcese de lo espuesto en cuanto á la actividad del propio desistimiento, la condicion más favorable del simple *mandante*, comparada con la del *consejero* en ciertos casos.

§ 348.

2.° *Coherencia de la accion con la voluntad.*—El equilibrio por el lado de la *accion* puede *destruirse* lo mismo cuando ésta es *inferior* al *querer*, que cuando lo *aventaja.* Si la accion es *inferior* á la *voluntad* de los delincuentes, estamos en las reglas de la *tentativa*, y es fácil la determinacion de los varios casos. Si la *accion aventajó* á la *voluntad* de los partícipes, nos hallamos en los términos del *exceso*, y ha de examinarse si los delincuentes accesorios, que no lo previeron, son responsables de él. Esta indagacion, como la referente á la *revocacion*, no ha de conducirse con mira especial sobre el *mandante.* Se contrae á principios más generales y puede ser de interés en cualquier otro caso de *complici-*

dad. Puede el *mandante* haber encargado un apaleamiento y el *mandatario* haber causado la muerte; puede el *consejero* insinuar las lesiones y el aconsejado haber asesinado; puede el *sócio* haber concertado que se hiera y el otro haber matado; puede el auxiliador haber proporcionado medios para llegar á una persona, entendiendo que sólo seria objeto de lesiones, y los otros haberla muerto. La cuestion del *exceso*, por lo tanto, debe ser examinada en términos generales.

§ 349.

Ella se resuelve combinando lo dicho anteriormente respecto al *primer caso* con los principios generales de la ciencia. Cierto es, que la *complicidad* sin concurso de *voluntad*, no existe siquiera medie concurso de *accion*; mucho ménos tendrá lugar donde la accion falte. Pero no siempre es necesario que la voluntad se determine esplícitamente en el *exceso*, para producir responsabilidad. La política en materias penales marca ciertos límites al principio de que quien quiere los *medios* se presume haber querido el *fin*. Será una responsabilidad de menor grado, y no podrá imaginarse dolo deliberado en cuanto al exceso. Habráse querido *premeditadamente*, por ejemplo, causar una lesion, y *resultará un homicidio* sin premeditacion (1). Quedará, sin duda, cierta

(1) Conviene recordar lo observado antes respecto á las disparidades individuales del *dolo* §§ 206 y siguientes. Castigar como reo de *homicidio premeditado* al mandante, que *ordenó no matar*, es una salida tan extraña que moveria á risa, si no pensásemos que por ese camino se compromete la cabeza de los hombres.

responsabilidad, que parece inadmisible poderla eludir afirmando no haberlo querido, el que no quiso, en efecto, un daño, del cual con facilidad podia derivarse daño gravísimo. La diferencia entre el tema del *exceso* y el de la *segunda figura del primer caso*, estriba en la prevision posible de las diferentes consecuencias. El auxiliador de un ladron no podia prever el propósito hácia un *delito diverso*: por lo tanto, en el caso de delito de *género distinto*, la irresponsabilidad procede como regla absoluta. Pero al hablar de *exceso* trátase de un *mismo género de delito*, y en este caso la prevision del efecto más grave hace necesaria la distincion.

§ 350.

Es exactísimo el criterio ideado por Carmignani á este propósito, distinguiendo el *exceso en el fin* del *exceso en los medios*. Tiene lugar el último cuando el mandatario, el sócio ó compañero emplean *medios distintos* de los adecuados por el mandante, sugeridos por el sócio ó concertados con el compañero; por ejemplo, se dió la órden de apalear y el ejecutor hizo uso del puñal; uno de los compañeros arroja el baston durante la lucha, se vale del cuchillo y mata. Seguramente no podrá decirse, que el mandante, el sócio, el auxiliador, áun estando presentes, sean responsables de la muerte. El *medio variado* arranca de su voluntad el hecho homicida, el cual recae por completo sobre quien *quiso* usar y de *hecho usò de los medios* que lo produjeron. El *exceso en el fin* tiene lugar cuando se han empleado precisamente los *medios* preparados y concertados. Por ejem-

plo, en los casos dichos: no se hizo uso de puñal para dar la muerte, sino del baston, esto es, del *medio* aprobado por los compañeros, ó prescrito por el mandante, aunque con intencion más benigna. Pues la voluntad ejercitada sobre los *medios*, basta á determinar la responsabilidad áun de las consecuencias acerca de las cuales la voluntad misma no se habia significado.

§ 351.

Todavía la responsabilidad por *exceso en el fin* se produce sin dificultad, cuando el exceso mismo, consecuencia de los medios queridos, es atribuible á *casualidad* ó á *mera culpa* del ejecutor; no tiene lugar, por el contrario, si el *exceso* deriva de *dolo* del último, que por perversidad ó con *fines particulares* (1) se excedió de propósito, no obstante lo convenido y previsto con sus compañeros. El efecto más grave tiene aquí *causa moral* suficiente en la misma *causa física*, y sobre ello puede fundarse la imputacion. Dije antes la *casualidad* sin temor á la crítica del sábio Giulani dirigida contra Carmignani, que enseñó esta verdad, como si éste, contradiciendo los principios de la ciencia, hubiese imaginado un *caso fortuito imputable*. La crítica se desvanece al recordar, que tambien la casualidad es imputable si procede de quien *anda en cosa ilícita*: estos son los términos exactos.

---

(1) Esta limitacion, comunmente aceptada, es el reconocimiento del principio para mí inconcuso, universal y constante de la *incomunicabilidad* del dolo individual.

§ 352.

En último término, esta teoría del *exceso*, ideada por Carmignani, elogiada por Romagnosi y la mayoría de los jurisconsultos, no contradice la teoría de la *intencion criminal distinta*; por el contrario, se coordina con ella, todo lo cual se resume con las siguientes distinciones.

§ 353.

La intencion de dos culpables puede ser *criminalmente distinta* en sus condiciones *subjetivas* ó en sus relaciones objetivas. Es distinta en sus condiciones *subjetivas* cuando el uno obra con dolo de propósito y el otro no. no; el uno con pasion, con error, embriagado y el otro no. Dados estos términos, cada cual debe ser juzgado, segun la medida de su dolo particular. Es *distinta* en sus relaciones *objetivas* si la voluntad del uno tiende á determinado *fin* y la del otro se endereza á *fin diverso*, ó el hecho del uno ha procurado un *efecto diverso*. De aquí una sub-distincion. Si el efecto no previsto fué un delito de *distinto género* del que proyectaba el partícipe, el autor del hecho responde de él. Dí el encargo de robar una jóven ó cooperé á su rapto, pero uno de los raptores aprovecha la ocasion, se apodera de su bolsillo y la roba: yo no soy responsable del hurto aunque mis actos lo hayan facilitado materialmente. Por el contrario, si el efecto no querido fué un *delito congénere* del resuelto, se impone la utilidad de la distincion mencionada respecto al exceso en los medios y en el fin. Encar-

gué el rapto de la jóven, pero mis agentes la rodearon un lazo al cuello y quedó estrangulada: no soy responsable del homicidio. Dí la comision de verificar el rapto, y mandé que se la sujetase por el cuello para impedir los gritos: soy responsable de la asfixia producida como consecuencia que debió preverse á causa de los *medios* por mí indicados.

§ 354.

Hay diferencia entre atribuir responsabilidad á un delincuente, por los *efectos materiales* ocurridos contra sus previsiones y determinar aquella á causa del *estado de ánimo* de su compañero. En el efecto material más grave aparece la lesion de *derecho ulterior*, que requiere especial proteccion; si fácilmente se pudo prever como consecuencia de los *medios queridos*, justo es hacer responsable á quien fué causa de ellos, si bien con falta de intencion. El *estado* de *ánimo* del delincuente no representa violacion ulterior del derecho, sino una *forma* de la misma violacion, cuya responsabilidad ha de pesar sobre el que la descubre en sí mismo, esto es, en las condiciones de su ánimo.

§ 355.

3.° *Coherencia en la situacion jurídica de las personas.* Las reglas establecidas en punto á la *complicidad*, ora nos lleven á atribuir al cómplice imputabilidad menor, ora nos conduzcan á *igualarla* con la del autor principal, presuponen que todos los concurrentes al de-

lito no presentan *cualidad escepcional* en sus personas. Si alguno de ellos muestra en su persona una *cualidad* determinante de *aumento* ó *disminucion* de la imputabilidad, es cierta la regla general que excluye á los compañeros del agravio ó del beneficio. Por ejemplo, la *reincidencia*, la cualidad de *extranjero* y otras análogas, que producen agravacion de pena; la *imbecilidad*, la *embriaguez*, la *menor edad* y otros motivos de escusa ó atenuacion, cuando concurren en uno, pero no en otro, alteran la responsabilidad de aquel y dejan intacta la imputabilidad de éste; por tal manera nace un desequilibrio accidental en las proporciones ordinarias de la imputacion. El punto hasta aquí no ofrece dudas.

§ 356.

Pero se dan casos en los cuales la *condicion personal* influye sobre el *título* del *reato*, y entonces surge grave disputa entre los escritores. En general, las *cualidades agravantes* derivadas de las *circunstancias materiales del hecho* son *comunes* á todos los copartícipes en el mismo, aunque subordinadas á las reglas del *conocimiento anterior* y del *exceso* anteriormente descritas. Son, por ejemplo, reos de hurto *violento* ó de hurto con *escalamiento* (1) los que sin usar de *violencia* ni verificar la *efraccion*, conocieron ambas circunstancias en el momento de obrar, y á pesar de ello persistieron en los actos: natural parece la consecuencia, puesto que ésas

---

(1) Robo decimos en España en cualquiera de ambos casos. (N. del T.)

circunstancias agravantes fueron *medio* para el delito por todos conocido y querido, y mero accidente la ejecucion de las mismas por el uno ó por el otro de los partícipes.

§ 357.

Si las agravantes no proceden de circunstancia material del *hecho*, sino de *especial cualidad* de una *persona* (como el *parricidio* por la cualidad de *hijo* en el matador; el *hurto doméstico* por la de *criado* en el ladron), ¿qué deberemos establecer? El cómplice que no es *hijo* ni *criado*, ¿será partícipe en la *agravacion* nacida de la cualidad de *hijo* ó de *criado* del autor principal? La cuestion es delicada.

§ 358.

Algunos se fijaron en el *nombre*, y observando, que un delito, segun la persona que lo consume, cambia su *nombre*, dedujeron la *mudanza* del título y negaron la admisibilidad de dos *títulos* diversos sobre el mismo hecho. Los cómplices, conocedores de las condiciones *personales* de su compañero, consintieron en tomar parte en un delito, al cual la ley atribuia caractéres más odiosos por efecto del concurso de aquel y deben sufrir todas las consecuencias. Segun ellos, por lo tanto, los conjurados que dieron muerte á César serian todos culpables de parricidio porque Bruto era hijo del dictador.

§ 359.

La jurisprudencia francesa se ha mantenido constante en ese sentido riguroso (1) desde la sentencia del tribunal de Casacion dictada en beneficio de la ley el 3 de Diciembre de 1812 hasta la decision de 24 de Marzo de 1852. Sostiene esta opinion entre los modernos Blanche (*Segundo estudio práctico sobre el Còdigo penal*, París, 1864), el cual la resuelve planteándola en ciertos términos, á mi juicio inexactos. Afirma, que el título de *parricidio* deriva de la *cualidad personal del muerto*, deduciendo, por lo tanto, la agravante como inherente al *hecho*, y por lo mismo comun á cuantos en él participaron. El argumento no tendria réplica si en realidad la agravante derivase *en absoluto* de la cualidad inherente á la persona del muerto, por ejemplo, la de sacerdote, la de niño recien nacido y otras análogas. Pero la cualidad de *padre* es *relativa*; existe respecto á uno de los partícipes y no en cuanto al otro. Luego se adhiere al hecho del uno, pero no al del otro. De aquí nace la razon de la duda, que no se resuelve por cierto, con la fórmula de Blanche (2).

---

(1) Y la española sigue el mismo derrotero. (N. del T.)

(2) Entiendo que este problema controvertido podria recibir cierta luz doctrinal por medio de una *analogía*. Sabido es que cuando aún regia el título de *lesa majestad*, todos los escritores enseñaban, como máxima generalmente recibida, que ese título requeria, entre otros estremos esenciales, el de *ciudadanía* del delincuente. Ahora bien; ¿cuál era la enseñanza, cuál la decision en el caso de participar un *extranjero* en la conspiracion

§ 360.

Otros, por el contrario, miraron la cuestion por el punto de vista de la *violacion del deber*. El cómplice, que no es *hijo* ni *criado*, dicen, no violó el sagrado vínculo natural ni rompió la fidelidad debida al amo: luego es ménos culpable y debe ser ménos castigado. Verdad es, que se produce cierta repugnancia á considerar ineficaz en cuanto á los cómplices la cualidad modificativa del *título* determinada en el *autor* físico del delito. Admitamos respecto de aquellos la inexistencia de *violacion* de un especial *deber* impuesto al autor principal, pero ellos consintieron y concurrieron á sabiendas á la *violacion de aquel deber*, cuya observacion nos llevaria á dudar de la exactitud de la doctrina más benigna. Pero es igualmente cierta de otra parte la repugnancia de castigar con mayor dureza por la cualidad de cómplice, de la que se emplearia en castigar á éste si él fuese autor principal, cuya observacion á su vez nos conduce á dudar de la opinion más rígida. En cuanto á mí tiene mucha fuerza la última.

---

urdida por regnícolas contra el propio soberano? La sabiduría de nuestros mayores sancionó una teoría completa, que presenta la más cabal analogía con el caso cuestionado: como es *relativa* la cualidad de padre respecto del hijo, lo es tambien la del príncipe respecto del súbdito. La solucion de un caso no puede diferenciarse de la del otro. El objeto de la indivisibilidad del título, fundamento único de la doctrina sobre comunicacion, es idéntico en ambos ejemplos.

§ 361.

La opinion de los primeros parece más estrictamente legal y fué seguida por Carmignani y Giulani, y virilmente sostenida por Rauter (*Tratado de derecho criminal*, § 119), y el insigne Molinier (*Revista crítica, vol. 13, pág. 86*). La opinion de los segundos es más humana: Armellini la sostiene en punto á infanticidio; Cremani, Roberti y Rossi respecto á parricidio, y antes que el último la habian sostenido en Francia Carnot (*instr. 2*, 574), Legraverend (1, 133), y despues de él Boitard (*Código penal, pág.* 294), Chaveau (*cap. 11*), en Bélgica, Hoorebecke (*Complicidad, pág. 208*), y en España, Pacheco (*Estudios de derecho penal, pág.* 178). Todavía se afirma con el parecer de otros insignes criminalistas, entre los más recientes el preclaro Tolomei en su *Derecho penal, Pádua 1863, pág. 218.*

§ 362.

La fórmula á propósito, en mi juicio, para resolver este punto controvertido, es la usada modernamente por Trebutien. La *complicidad*, dice, no puede ser más que *real*. Esta fórmula tiene un gran sentido. Significa, que el cómplice es un *accesorio* del hecho, no de la *persona* del autor principal. Si el hecho constituye delito, aunque el autor principal no sea imputable, puede serlo el cómplice. Si al hecho corresponde un grado de imputabilidad, como diez (siquiera el autor principal, por condiciones particulares, solo sea imputable como cinco ó deba

serlo como quince), la imputabilidad del cómplice se medirá por el tipo de diez, correspondiente al *hecho*, salvo las modificaciones requeridas á causa de las condiciones personales del cómplice. Entre las personas del autor principal y del cómplice no existe nexo alguno bajo el punto de vista de la respectiva imputabilidad. El nexo, tanto del uno como del otro, existe con el *hecho* violador de la ley, y sobre la determinacion de esta única relacion se ha de establecer elcálculo y fijar la medida de la respectiva responsabilidad. Pero en la aplicacion de la fórmula antedicha, Trebutien, influido por la jurisprudencia francesa, se coloca en posicion falaz cuando la *realidad* diversa del *hecho* deriva de la *variacion* del *nombre*. Si el homicidio, dice, se convierte en *parricidio*, y el *hurto* simple en *doméstico*, porque el autor del primero es un hijo y el del segundo un criado, los cómplices serán respectivamente deudores de *parricidio* y de *hurto doméstico*, á virtud de un nexo *real*. Segun él, por lo tanto, variado el *nombre*, *varía* la *cosa*. Por tal manera, se llega á identificar la *realidad* con el *nombre* y éste con aquella. Ahora bien: si al legislador pluguiese crear un nombre distinto aplicable á los delitos cometidos por reincidentes ó por extranjeros, como esta cualidad en el *autor* del delito venia á crear un título nominalmente diverso, se deberia mirar como una *realidad*. El ver ó no la premeditacion como realidad, dependeria de las eventualidades del lenguaje. En Francia, donde pareció conveniente dar el título de asesinato al homicidio premeditado, la premeditacion seria real; en donde el nombre de asesinato se reserva para el verdadero caso, y el homicidio premeditado cae bajo el título de homicidio, dicha cualidad seria personal. Ante seme-

jantes obstáculos, me permito dudar acerca del modo de definir la realidad.

§ 363.

El *nombre* es una accidentalidad derivada de la fantasía de los doctores y que podia no serlo, pues hay muchas circunstancias agravantes de un delito cuyo *nombre* no varía. La *realidad* del hecho criminoso no consiste en el *nombre* dado por los criminalistas; reside en sus condiciones *materiales* ó sea en el *efecto dañoso* representativo de la violacion de la ley. Si al *tercer hurto* hubiesen dado las escuelas un nombre especial, ¿no resultaria de aquí, que la condicion de reincidencia en el autor principal era cualidad *real?* Y cuando una legislacion, por ejemplo la toscana, como pronto veremos, ha suprimido el *nombre* de *parricidio*, es intuitivo, que desaparece la razon derivada del nombre. Por manera, que las condiciones *intrínsecas* serán nada, segun este criterio deducido del nombre.

§ 364.

Para tener la *realidad*, la circunstancia agravante de prevision ha de constituir un momento *físico* de la ejecucion del reato. Aplaudo, pues, la fórmula del insigne profesor de Rennes, pero no me persuado de su aplicacion al caso del parricidio. La teoría de la *realidad* se adapta perfectamente al caso del particular convertido en cómplice de un notario, que abusando de sus funciones comete falsedad en documento público: Casacion

de Francia de 10 de Abril de 1821. Se adapta tambien al cómplice del médico, que abusando de su arte haya procurado el aborto: Casacion de 16 de Junio de 1865. Pero no se manifiestan, á mi juicio, los términos exactos cuando se pretende aplicarlos á una relacion general sin influencia alguna material sobre la ejecucion ó facilitacion del delito, ó que para usar de nuestra fórmula, no representan ninguna funcion en la *fuerza física* del delito, aunque se tomen en cuenta para determinar el aumento de la *fuerza moral subjetiva* ú *objetiva*.

§ 365.

Mi inteligencia vacila, lo confieso, ante esta grave cuestion. En último término me resolveré por la opinion más benigna en los casos en los cuales la *realidad personal* produce simple *agravacion* del delito, sin cuidarme del cambio de *nombre*, como en el parricidio y en el infanticidio.

§ 366.

No obstante, dos cosas conducen forzosamente á la comunicacion: 1.° Si la *cualidad personal* constituye la *esencia* del maleficio. 2.° Si la *cualidad personal* sirve de *medio* para el delito.

§ 367.

1.° La *cualidad personal* constituye la esencia en

el delito de *desercion*, en el *incesto*, en el *adulterio*, en la *bancarota*: sin la condicion de *soldado*, de *pariente*, de *casado* ó de *negociante* en el autor principal, se reduciria á lícito ejercicio de la propia libertad en el primer caso, á simple fornicacion no imputable políticamente en los otros dos, á mero fraude civil en el cuarto. Exhonerar en estos cuatro casos á los cómplices de las consecuencias de la *cualidad personal* del autor, seria tanto como decretar su impunidad, lo cual es absurdo. Igualmente, cuando la *cualidad personal* en el caso inverso, *destruye la esencia* del delito, como el del *marido*, que yace con la mujer propia, tampoco puede ser castigado el cómplice. Este punto me parece claro (1).

---

(1) En la interesante indagacion sobre la influencia de las *cualidades personales* de un partícipe para la imputacion del otro, ocupa lugar preferente la bellísima cuestion propuesta por Pileo *(quaestiones aureæ* 134), y reproducida por Harpprecht (dis. 67, n. 86, 87). Ticio ha visto pastando en el campo un rebaño: llama á Cayo y le persuade á robar una res y venderla en beneficio comun. Cayo equivocó la indicacion del campo; fué á otro sitio donde pastaba el ganado de Ticio; arrebata una res y la vende. Se pregunta ¿*quid juris* respecto á Ticio y respecto á Cayo? ¿Es este autor de *hurto*, puesto que obró por *órden del propietario* de la cosa que se pretende hurtada? ¿Puede sostenerse la *órden* ó *consentimiento* del propietario, cuando éste no queria el hurto de la cosa propia? ¿Coexiste talmente *tentativa* á causa del *error* accidental ocurrido en el acto consumativo? ¿Ticio es reo de instigacion á delinquir, de concierto criminoso ó de *tentativa de hurto*? En el caso de un notario, cómplice del particular falsificador de documentos públicos, háse dudado de la concurrencia de agravante deducida de la persona constituida en oficio público, y por lo tanto de la procedencia de mayor pena. La Casacion de Francia en 23 de Marzo de 1827 decidió negativamente, á mi juicio con razon. El reato de *falsificacion* es cualificado á causa del *abuso en el oficio público*. Cuando semejante

§ 368.

2.° Si la *cualidad personal* de uno de los partícipes sirve de *medio* al delito, como acontece en el *peculado* ó en el *hurto doméstico*, la agravante nacida de esta *cualidad personal* se compenetra en cierto modo con el *hecho*, lo mismo que el escalamiento ó la fractura. La convierte en *realidad* en el riguroso sentido ontológico, porque no pudiéndose cometer aquel delito sin la intervencion de la persona en la cual concurria la cualidad, que lo hace más odioso, la cualidad misma sirvió de instrumento para la *ejecucion*. Intervino como elemento de la fuerza física del reato. Por lo tanto, en semejantes especiales condiciones, asumiendo la *cualidad personal*, el carácter de *realidad*, debe influir sobre la suerte de todos los partícipes, que á sabiendas aprovecharon el beneficio de la misma. Condicion del *hurto doméstico* (1), es que el ladron, además de prestar servicio con

---

abuso no interviene, porque el particular falsificó con sus medios propios, no *hay* falsificacion cualificada. Fáltale la condicion *esencial* de la cualificacion. Mas si por necesidad del hecho se da el *abuso del oficio*, porque sin el asentimiento del notario no podia falsificarse el documento, ¿no seria verdaderamente judáica la misma solucion? ¿Es por ventura menor la falsificacion por el abuso del notario, (en lo cual está la racionalidad de la agravante) que suministrando dolosamente el protocolo y los medios necesarios para el delito, ha hecho ejecutar las alteraciones por otra mano, á su juicio más hábil que la suya?

(1) La expresion italiana, por extremo concisa y adecuada, es la de *famulato*. (N. del T.)

tinuo y retribuido, cometa el hurto *abusando de la facilidad del servicio*. Respecto á la nocion del hurto doméstico, es imposible negar una *realidad* á la condicion de *criado* en el autor de aquel; si el servicio fué medio, la cualidad de sirviente lo fué tambien. La cualidad de criado será *personal*, pero la *eficiencia* de la *comodidad del servicio* sobre el hecho, es *real*. Con razon el tribunal de Casacion de Florencia en dos sentencias de 17 de Febrero de 1855 y 28 de Abril de 1860, se adhirió á la opinion más severa respecto á la domesticidad, porque entre nosotros el servicio como *medio* es esencial al hurto doméstico.

Estas sentencias serian contestables en una legislacion, que agravase la pena del sirviente, aun cuando la domesticidad no *fuese medio para el hurto*, y en los casos en que el servicio de modo alguno hubiese sido la *ocasion* del delito: entonces ningun carácter de *realidad* se determinaria en la *condicion* del autor. La agravacion tendrá su orígen en el horror hácia la violacion del deber y en el cálculo del mayor peligro ó de los medios escogidos materialmente para la ejecucion. Por lo mismo no se podria deducir de las sentencias citadas una solucion general del problema en sentido científico, y mucho ménos una conclusion idéntica en el tema del parricicio, en el cual la *realidad* de la condicion de hijo es muy difícil de concebir.

§ 369.

No puedo abandonar este punto sin volver á cierta indicacion precedente y mostrar la *diversa forma* jurídi-

ca, que toma la cuestion gravísima de la *comunicabilidad* de las *cualidades personales* de uno de los partícipes del homicidio. Nace esto de una especial circunstancia: el derecho constituido, al proponerse el problema indicado, puede proceder con doble y distinto método, á saber:

1.° Dando al delito *nombre especial* á causa de la intervencion en el de una *determinada persona* (el hijo del muerto).

2.° Sin cambiar el *nombre* del delito ni agravar la pena, dictando especiales disposiciones en ódio á la persona, que ostenta cierta cualidad.

§ 370.

La divergencia en los efectos de ambos métodos es incontestable y ella influye, no sólo en la solucion del punto, sino que afecta tambien á la esencia de los argumentos por medio de los cuales se quiere resolver. Es, por lo tanto, indispensable resumir claramente el problema bajo los dos aspectos, para concretar sin equívoco alguno la fórmula de la pregunta en uno y otro caso y poderlas discutir sin confusion de ideas.

§ 371.

Primer caso. La ley positiva acepta la *nomenclatura* especial, que la ciencia usa para designar la muerte de un ascendiente y mantiene el *título* de *parricidio.* De esta circunstancia deriva el argumento de Carmignani, generalmente repetido y punto de apoyo de la opi-

nion más severa, que se condensa en la observacion siguiente: El *título* de *parricidio* es diverso del de *homicidio*; si el hijo interviene en la muerte del padre, el *hecho* no constituye homicidio, se transforma en otro delito; y el extraño que participa en él debe sufrir las condiciones del título en el cual participó. Es repugnante, se añade, admitir *dos títulos diversos* de un solo acto. El delito se transformó por efecto de aquella intervencion y debe pesar sobre todos los partícipes con la nueva forma recibida. Llevada la cuestion á este terreno, fácilmente se comprende por qué la jurisprudencia francesa, combinando el principio de la *indivisibilidad del título* con las nociones de *autor* y de *còmplice*, ha casi constantemente distinguido si el hijo era *autor*, *coautor* ó *còmplice*, comunicando la agravante en el primero y segundo caso (Casacion 20 Abril 1827, 16 Julio 1835, 23 Marzo 1843, 9 Junio 1848, 11 Setiembre 1851, 24 Marzo 1813); y no comunicándola en el del hijo cómplice (Casacion 27 Abril 1815, asunto *Balitout*, y 21 Marzo 1844). De esta suerte, la cuestion se reduce á una pura *materialidad*, por cuya virtud el hijo, que encargue á otro la muerte de su padre, no incurre en agravacion de pena. Este es el punto de vista bajo el cual la cuestion se agita, principalmente entre los eruditos, quedando hasta ahora dudosa segun mi modo de ver, si bien prevalezca la doctrina de la comunicacion de la *cualidad personal* desde el *ejecutor* al *partícipe*, y de la negada validez á la *cualidad* del partícipe.

§ 372.

Este sistema será justo y aceptable segun las disposiciones literales de tal ó cuál derecho constituido. Pero mirado á la luz de los principios del derecho filosófico, no lo admito, porque me parece contradictorio del sentido moral y del criterio político. Si para aumentar la cantidad de un delito, habida cuenta de las *cualidades personales* del agente, se atiende á la *violacion del deber* especial, la falta acrecerá tan solo en cuanto al ligado con aquel deber, sea autor ó sea cómplice del delito. Por el contrario, considerada la *cualidad personal* como elemento de gravedad política, á causa de la mayor alarma que produzca el delito cometido por ciertos individuos, de la facilidad mayor de cometerlo, de la impunidad más fácil, de la posibilidad menor de defensa, entonces la cualidad personal reviste el carácter de *circunstancia del hecho* criminoso, figura entre los elementos de su *materialidad*, y cargando todo su peso en la balanza política, agrava indistintamente á todos los conocedores ó consócios del crímen, sin distinguir, que en el lenguaje científico ó legislativo se dé á aquel en quien semejante *cualidad* se nota el nombre de autor, de correo, de auxiliador, de consejero, de mandante ó de sócio. Luego que dicha *cualidad ha ejercido sobre el hecho la influencia* calculada por la ley, las previsiones de ésta se realizan y el delito se agrava respecto de todos. Tales son, á mi pobre juicio, los términos de la solucion del problema ante la pura razon científica, cuyo modo de ver es enteramente conforme al de Roberti,

que ámpliamente lo espone en su *Curso de derecho penal, vol.* 2, núm. 692 á 700. Es tambien conforme á la jurisprudencia napolitana, como se desprende del *Diccionario* de Armellini, en la palabra *complicidad*, § 3. No debe determinar la definicion del título el *accidente* de hallarse la cualidad especial en el *autor* ó en el *còmplice*, ó mejor dicho: la solucion del conflicto no puede depender de la definicion de un *título especial* ó de la aplicacion de un *nombre dado*. Dependerá de la influencia concreta de la cualidad personal sobre la ejecucion del delito, en cuanto se pretenda considerar el hecho como más grave realmente, ó de la consideracion del *deber violado* en cuanto se quiera juzgar más odiosa la *accion* de la persona que lo *violó* al delinquir.

§ 373.

SEGUNDO CASO. La cuestion reviste forma enteramente nueva y especial cuando se presenta en frente de una legislacion positiva, la cual (como el Código toscano de 1853) no establece diferencia de título entre la muerte del padre y la del extraño. El Código toscano no admite *título* de *parricidio:* el hijo parricida es, como el extraño, castigado con la muerte (art. 309) si el homicidio fué premeditado. Es castigado como el extraño con la casa de fuerza desde siete á diez años, si el homicidio fué simple (art. 310). En presencia de este Código ú otro semejante, la cuestion no puede plantearse derechamente bajo el punto de vista de la *comunicabilidad de las agravantes*, ni sufrir la influencia del principio de la *transformacion* y de la *indivisibilidad del título.*

El Código toscano ha significado su horror contra la maldad del hijo, no *agravando* en los casos ordinarios, sino denegándole toda *minoracion* de la imputabilidad aun en aquellos en que por motivos especiales se concediera á otro por la ley. Si el homicidio premeditado se comete contra *un ascendiente*, no es permitido admitir las *circunstancias extraordinarias*, que autorizan la sustitucion de la muerte con el ergástolo (art. 309, § 4.°) Si el homicidio es instantáneo, la excusa de la provocacion no se admite siendo el *muerto ascendiente del matador* (art. 340, § 3) (1). No me parece sutileza, sino verdad positiva, afirmar, que la cuestion, segun nuestro Código, es totalmente diversa de la tratada en general por los escritores, sobre la comunicabilidad ó no del título de parricidio.

§ 374.

No se trata realmente en nuestro caso del cálculo de una circunstancia, que agrave la *cualidad* ó cambie el *título* del delito, sino de la valuacion ó de la pretericion de una circunstancia, que, por regla general, *degrada* la fuerza moral subjetiva, y por lo mismo *minora la imputacion.* Trátase de una cuestion más próxima, el caso de *intencion criminal distinta,* examinado antes que el problema de la *comunicabilidad de cualidades perso-*

(1) Esta medida es análoga á la disposicion del Código francés, art. 324, por extremo severa, donde se declara inexcusable la muerte del cónyuge cometida por el otro. Pero la locucion francesa acaso es más impersonal que la del Código toscano.

nales influyentes sobre el título, á las cuales nos referimos en el presente caso. La equidad, la moral, la justicia imponen á los Jueces, dado el silencio de la ley, la aplicacion de pena menor al matador ó causante de lesiones, provocado gravemente á tales violencias. Esta regla se ha elevado ya á la categoría de principio científico. Pero han hecho más todavía, obligando á todos los buenos legisladores á consignar dicha causa en sus Códigos como precepto absoluto. ¿Por qué? Por la intuicion de una degradacion en la fuerza moral del delito. Se atenúa la imputacion al provocado, porque la perturbacion del justo resentimiento excitado en él por las injustas violencias del provocador lo pone en estado de *intencion imperfecta*. No es tolerable, segun regla, que en la balanza de la justicia pesen igualmente la intencion imperfecta y la perfecta y completa en todos sus momentos morales de inteligencia y libertad. Tal es la razon de la escusa. Pero ésta es enteramente *subjetiva* é *individual;* no reside en el hecho ni en las condiciones de ánimo del agente; no se altera con ella la *cuantidad* del delito considerado en sus elementos de hecho; se imputa, no obstante, menos á quien lo cometa bajo el impulso de una voluntad menos libre ó menos lúcida.

§ 375.

Luego esta escusa ha de buscarse mediante indagacion subjetiva en cada uno de los delincuentes, como la menor edad, la imbecilidad, la coaccion propia ó impropia, el error, la embriaguez y otras semejantes, posibles en uno de los delincuentes y en el otro no, porque

éste obró con inteligencia perfecta, con libertad de eleccion, mientras el primero lo hizo con libertad restringida ó perturbada inteligencia. Luego en nada repugna á la ciencia y es coherente á las reglas de buena justicia, que de dos causantes de lesiones el uno pueda declararse provocado porque sufrió graves injurias de su enemigo y el otro no, porque se lanzó á la lucha por bárbara sed de sangre ó por odio, sin razon alguna para considerar propias las injurias del provocado. En punto á escusas derivadas de cierto estado del ánimo, no se da comunicacion jurídica. Tengo esta regla como absoluta, porque no encuentro la razon de la escusa en la hipótesis, extraña para mí, de la pérdida del derecho en el provocador, sino de la realidad irrecusable de la alterada situacion de ánimo del delincuente.

§ 376.

Para aclarar todo lo posible mi pensamiento, he de advertir, que esta regla no cambia por la práctica de reconocer provocacion ó escusa de justo dolor en las inferidas á nuestros próximos parientes, á un amigo y en general á una persona querida. Quien objetase con tales casos para impugnar la regla propuesta, argumentaria sofísticamente. Cuando hiero al que maltrató á mi hermano, no alego como escusa la turbacion de ánimo sufrida por mi hermano, sino la turbacion *por mí* experimentada á causa de las ofensas inferidas á persona de mí amada. No es una *comunicacion de estado intencional* hecha de hombre á hombre; es simplemente la valuacion del estado intencional subjetivo en cada uno de

los agentes. Por el contrario, si provocado yo por Cayo entro en lucha con él y un extraño casualmente recienvenido, impelido del ódio que alimenta contra aquel lo mata, consideremos la ausencia de vínculo alguno de *afecto* entre el extraño y yo, el *desconocimiento* por su parte de la provocacion por mí sufrida y dígase en qué principio moral ó jurídico se apoyaria la escusa á favor del extraño. Imagínese, que yo he maltratado á Cayo, pero éste se sobrepone y me maltrata; si yo vuelvo hácia él, ciertamente no he sido provocado, pero si mi hermano llega casualmente y viéndome en tierra bajo los golpes de Cayo su ánimo se conmueve y lo hiere, se deberá acordar una escusa á mi hermano aunque se niegue respecto de mí, y será indispensable negármela á mí áun cuando se acuerde para él. El dolo es individual, é individual ha de ser cualquier gradacion de él. Repito, pues, como regla absoluta, que todas las escusas cuya raiz está en la fuerza moral subjetiva del delito, deben regularse mediante cálculo especial en cuanto á cada uno de los codelincuentes. No comprendo, merced á qué preocupacion, esta verdad admitida por todas las jurisprudencias en materia de atenuantes, vacilen algunos para admitirla á propósito de la más exacta evaluacion de los grados del dolo.

§ 377.

He asentado los precedentes expuestos á fin de abrirme paso en la solucion de la duda sobre el segundo caso indicado, pues entiendo, que negada la insostenible tésis de la *indivisibilidad* de la escusa y sostenido, por el

contrario, el principio de la *individualidad* de aquella, la solucion de la duda no parece difícil ni disputable.

§ 378.

¿Qué ha hecho el Código toscano al negar al hijo matador de su padre la escusa de la provocacion? Sancionar el sumo principio moral de la reverencia debida á la sacra persona de los ascendientes. Si el padre se lanza á indebidas violencias con el hijo, éste no debe olvidar que es su padre. Aquí no se aprecia el derecho del provocante, sino la posicion del provocado. Lo mismo existe la perturbacion de ánimo en el hijo escitado por la injusta sevicia del padre, como en el extraño; pero la ley reprueba esa perturbacion en el hijo y si no la tolera, compadecida por lo ménos de la humana flaqueza, la escusa en el otro. La perturbacion en el hijo no es considerada *justa*, porque la ley la rechaza y al hacerlo se limita á repetir un precepto de la ley natural, que manda á los hijos sufrir con paciencia hasta los excesos de quien les dió el ser. Es, por lo tanto, un deber de índole excepcional sufrir las violencias sin volverse contra ellas. Este deber no puede estenderse á los extraños. Luego la razon de la *inadmisibilidad* de la escusa no es comun á los extraños. Han de ser juzgados estos segun la situacion de su ánimo propio; en ellos es *justo* el resentimiento y el dolor, que son *injustos* en el hijo. Si veo maltratar á mi mujer, mi resentimiento es justo, como lo es si soy yo el maltratado, aunque en uno y otro caso el ofensor sea el padre de aquella. Nadie duda de la procedencia de la escusa en mi favor si llego á

matar á mi suegro por reaccion en mí obrada á causa de los malos tratamientos inferidos por aquel á mi mujer ó á mí mismo. Peró si mientras yo ataco á mi suegro mi mujer se me une, surge ya la duda terrible. Mi mujer es hija de mi agresor. Si es declarada *autora* ó *coautora* de la muerte, no hay escusa para ella, porque así lo dispone sábiamente la ley. Pero la escusa que me favorecia en la reaccion contra mi agresor hasta el momento de intervenir en la lucha la hija del mismo, ¿desaparecia de improviso por un efecto de mágia? La ley que evaluaba justamente mi resentimiento racional como escusa de los primeros golpes por mí asestados al adversario, ¿anulará repentinamente esta concesion por intervenir un hijo de aquel uniéndose á mí para herirlo? La degradacion favorable cuando era *autor* del delito, ¿no me aprovechará si me he convertido en cómplice? Donde se sostuviese este modo de ver el formulismo de la denominacion de autor ó coautor, representaria más fuerza que la verdadera. La ley natural y la ley social no me imponen el precepto de la obediencia pasiva y del sufrimiento de las ofensas producidas por un extraño. Debo ser juzgado segun el conjunto de hechos en cuanto dependa de la *materialidad de los hechos*; en cuanto dependa de la condicion del ánimo y de los deberes individuales, debo ser juzgado segun mi posicion particular.

§ 379.

En este sentido resolvió claramente el problema el Código español de 1848 en el art. 69, cuyo texto conviene

reproducir: *Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistieren en la disposicion moral del delincuente en sus relaciones particulares con el ofendido ó en otra causa personal, servirán para asegurar ó atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores cómplices ó encubridores en quienes concurrieran. Las que consistieren en la ejecucion material del hecho ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar únicamente la responsabilidad de los que tuvieren conocimiento de ellos en el momento de la accion ó de su cooperacion* (1). Interesa consultar sobre este artículo el comentario de Pacheco. El principio del respeto al elemento moral en la complicidad tiene aquí su más ámplio desenvolvimiento. Paréceme, que se inspira en los mismos principios, áun cuando no llegue á todas las consecuencias, el art. 103 del Proyecto portugués: *En el caso de pluralidad de agentes, las circunstancias agravantes ó atenuantes, que afectan á la criminalidad del hecho en sí estiéndense á todos ellos; las que solo modifican la culpabilidad personal de alguno, no se estienden á los otros.* Ciertamente el ímpetu de los afectos es circunstancia relativa á la menor *culpabilidad* del agente.

§ 380.

Más explícito es el art. 105 del Código sardo-napolitano de 1861: *Las circunstancias ó las cualidades per-*

---

(1) Sin variacion alguna se mantuvo esta regla en la reforma de 1850, y se conserva en la de 1870, art. 80. (N. del T.)

manentes ó accidentales inherentes á la persona por las cuales se excluye, se aumenta ó se disminuye la pena de cualquiera de los autores, agentes principales ó còmplices, no se aprecian para excluir, aumentar ó disminuir la pena respecto á los otros autores, agentes principales ó còmplices del mismo reato. Las circunstancias materiales, que agravan la pena de un delito, dañan únicamente á sus autores y á aquellos còmplices, que las conocieron en el momento de la accion ó de la operacion constitutiva de su delincuencia. Cuando las circunstancias materiales constituyen por sí mismas un reato, perjudican únicamente á los autores y còmplices del mismo. Blanche (*segundo estudio, pág. 37*), ha considerado este segundo caso en el tema análogo del conyugicidio, y concluye con estas frases: *porque uno de los autores sea inexcusable, ¿no podrán los otros aprovecharse de la escusa que la ley les autoriza á invocar? No lo creo.* Yo creo lo contrario, y hubiera deseado que el eminente criminalista hubiese desenvuelto con su poderoso raciocinio el principio superior en que se inspira para dar esa solucion. La indivisibilidad del título es el obstáculo insuperable á los criminalistas franceses para el más ámplio y completo desenvolvimiento de aquel principio.

§ 381.

Esta dificultad no nos ocurre con el Código toscano. Así puedo terminar este difícil exámen, dejando á un lado el controvertido problema del *parricidio*, que entre nosotros se ha hecho académico, y esperar su solucion

de los sábios extranjeros, pára los cuales tiene interés palpitante y vital. Se acepta la *comunicabilidad de la condicion personal en el hurto doméstico* y en los demás casos en los cuales la condicion personal de uno de los partícipes tiene verdadera realidad porque es propia para la ejecucion del reato. En el *parricidio* y malos tratamientos causados á los padres no hay cuestion alguna para nosotros los toscanos, sobre oscilacion de *título* ni acerca de comunicacion de la *cualidad personal*: es cuestion de comunicar ó no la repulsion de la escusa; es cuestion de no admitir por efecto de las condiciones individuales del culpable una *disminucion de imputacion*, que por regla general resultase declarada en la ley. Las circunstancias tocantes al *hecho*, que disminuyen la imputacion, pueden ser comunes atendida su naturaleza. Pero las atenuantes, que proceden de *condiciones del ánimo*, son necesariamente individuales é incomunicables. Creo, por lo tanto, que si el cómplice del hijo presenta en sí mismo los términos constitutivos de la escusa legal, no deberá ser privado de ella por consecuencia de una interpretacion estensiva de la ley, que niega la admisibilidad de la escusa al culpable, en el cual se da la cualidad de hijo. Lo establecido por la misma jurisprudencia francesa en punto á *circunstancias atenuantes* (sobre las cuales sin vacilacion alguna se conviene que puede el tribunal admitirlas á favor de un delincuente y negarlas respecto del otro partícipe), procede tambien rectamente en cuanto á las *circunstancias extraordinarias,* segun los términos de nuestro art. 309. La ilacion aquí se nos presenta como irrecusable. Pero la buena lógica exige, que la diversidad de incriminacion entre persona y persona admitida en el

caso de homicidio premeditado, se aplique tambien al homicidio instantáneo, segun el art. 310. Sobre la identidad de razon que milita, convida á rechazar una diferencia la repugnancia manifiesta que se produciria usando de mayor severidad en un caso que en el otro.

§ 382.

Fuera de los tres casos excepcionales de *modificacion*, las reglas generales proceden sin duda alguna, y la imputacion se distribuye entre delincuente principal y accesorio, entre accesorio y accesorio, por la doble razon de las dos *fuerzas*, que deben concurrir como elemento *constitutivo* de todo hecho criminal y de las cuales se deriva el criterio *regulador* de su cuantidad y de su grado. Lo que vale tanto como decir, que la imputacion se reparte segun la regla de la *cuantidad moral* y de la *cuantidad física* de la complicidad.

APÉNDICES (1)

PRIMERO.

UN CASO ESPECIAL DE TENTATIVA.

ARTÍCULO PRIMERO.

Con ocasion de un hurto de gas se suscitó en Alemania viva contienda entre eminentes profesores, sobre el punto siguiente: *¿Puede imputarse conjuntamente á un ladron por hurto consumado y por tentativa de hurto á consecuencia de la relativa consumacion y de la relativa tentativa de que se haya hecho culpable en la misma accion?*

Es evidente que la duda surge sobre los términos de una *misma accion.* No se supone ejecutado *hoy* por el ladron el hurto de una parte de los valores que queria apropiarse, y que *mañana* volviese á intentar el hurto

(1) Hemos creido oportuno añadir por vía de apéndices algunos trabajos especiales del autor sobre la tentativa, con los cuales la materia adquiere mayor desenvolvimiento. (N. del T.)

de los *restantes*. En estos términos no cabe duda, porque la nueva accion es distinta ontológicamente de la primera y cada una de ellas presenta los términos de un delito de por sí subsistente, los cuales podrán relacionarse en casos dados mediante el nexo jurídico de la continuacion, pero nunca considerarse delito *único*.

La hipótesis ideada es la siguiente: Cayo se introduce en una casa en que habia dos mil liras, con el propósito de *robarlas todas*. Ha tomado ya veinte, poniéndolas en su bolsillo, pero es sorprendido en aquel momento y no puede apoderarse de las mil nuevecientas restantes. O ha robado ya mil y descubierto, no logra apoderarse de las otras mil.

Se pregunta: ¿Debe ser castigado únicamente por el hurto consumado de las veinte liras ó de las mil? ¿Por el hurto intentado de las dos mil? ¿Conjuntamente por el hurto consumado de veinte ó de mil, y por el intentado de las otras mil nuevecientas ochenta ó mil?

A estas preguntas responde Geyer, sosteniendo la acumulacion de la pena del hurto consumado con la correspondiente á la del intentado.

Glaser, por el contrario, sostiene la aplicacion de la pena de hurto intentado por las dos mil liras, absorbiendo en esta la penalidad correspondiente al hurto de la parte arrebatada, porque este hecho solo representa un principio de ejecucion del proyectado hurto de dos mil liras.

Considero radicalmente falsa la opinion de Geyer, é incompleta la solucion de Glaser y creo, que la cuestion ha de resolverse mediante una tercera fórmula más coherente á los principios y más conforme á justicia en la aplicacion práctica.

Comienzo observando primeramente, que no se dan aquí los términos de la *continuacion*, á lo ménos segun las nociones admitidas acerca de ella en nuestra escuela, las cuales sirven para su aplicacion en Toscana.

Tratándose especialmente de hurto, no es posible

hallar *continuacion* de delito en la mera repeticion de *actos*, donde no se dá repeticion de *acciones*. La repeticion de los *actos* es tan connatural al hurto y casi inseparable de él, que derivar de ella la nocion del hurto continuado, equivaldria al absurdo de tener como continuados todos los hurtos que versen sobre más de un objeto. Un ladron desprendiendo un ramo de cerezas con cincuenta de ellas, será ménos castigado que otro, que subiéndose al árbol cogiese veinte cerezas. Porque éste, repite veinte veces el *acto* material de tomar una cereza apoderándose de ella con el fin de lucrarse, cada uno de cuyos actos representará en sí mismo un delito completo de hurto. Lo mismo puede decirse del ladron de dinero, castigado ménos por robar un talego con sesenta duros, que si tomase veinte uno á uno guardándoselos. Está en la naturaleza del delito de hurto y de otros varios la repeticion de los *actos*, sin que á causa de ello haya de abandonarse la nocion del delito *único*.

Dejemos, por lo tanto, á un lado la teoría de la continuacion, para lo cual no hay términos hábiles en el caso propuesto, que de otra parte solo es una sustitucion de la respuesta adecuada; sería partir inoportunamente de cierta nocion, que presupone decidido el extremo de la *pluralidad* de delitos; seria finalmente, incurrir en peticion de principio clarísima.

Si el problema se resolviese en el sentido de la pluralidad de delitos, y de imputaciones, podria entonces pensarse si habian de imponerse las dos penas á la vez ó reducirse á una mediante el principio de la continuacion.

Geyer sostiene la existencia de dos delitos punibles. Uno consumado, otro intentado, á los cuales se han de aplicar por consiguiente las penas respectivas en cada caso.

La doctrina, ante todo, es radicalmente injusta, porque debiendo por necesidad jurídica determinarse en toda tentativa un elemento material constituyente de su su fuerza física subjetiva, para considerarla política-

mente imputable, es necesario atribuir al acusado de tentativa como *elemento material* de ésta, una série de actos externos idóneos, que no constituyen el *principio de ejecucion.*

¿Dónde, pues, se dan en el caso propuesto los actos externos *exclusivamente referibles* al segundo delito atribuido, esto es, á la tentativa de hurto del resto de la suma? Evidentemente se hacen servir á dicho objeto, la entrada del ladron, la apertura del mueble y la aprehension de las primeras veinte ó mil liras. Pero todos estos actos pesan ya en la balanza de la justicia; todos se imputan el justiciable como *elemento material* del hurto consumado, cuya pena se le impone. Es injusto imputar dos veces el mismo acto. Respecto de la tentativa cuya pena se busca, solo queda la simple intencion y con ésta se pretende constituir una tentativa punible.

Además, la doctrina de Geyer conduce al absurdo. Para hacer palpable esta verdad hagamos aplicacion de nuestra hipótesis á un texto legal, por ejemplo, el Código toscano.

El hurto de más de mil liras es castigado con el máximun de cárcel hasta cinco años (art. 576, letra *e.*)

La tentativa de hurto desde doscientas á mil liras, se castiga con el máximun de cárcel hasta diez y ocho meses (art. 45 en relacion con el 376, letra *d.*)

Si pues eran dos mil liras y el ladron las hubiese robado todas, no se le podria imponer pena superior á cinco años de cárcel.

Si robó, esto es, tomó y guardó mil doscientas, este hecho motiva, por el hurto consumado, la aplicacion de cinco años de cárcel.

Pero existe la conviccion de que el ladron queria apoderarse tambien de las ochocientas liras restantes, y la doctrina de Geyer autoriza á imponerle sobre los cinco años de cárcel otros diez y ocho meses más, por la supuesta tentativa de hurto de ochocientas liras.

Se estatuye, sin embargo, el máximun de cinco años para el ladron que ha hurtado dos mil liras, y se auto-

riza el castigo de seis años y medio, del que queriendo robar las mismas dos mil liras, solo consiguió apoderarse de mil doscientas, siendo interrumpido en ese momento.

Se castiga más, por consecuencia, al último que consumó una lesion menor del derecho atacado, por la simple razon de no haber conseguido realizar completamente su propósito criminoso, lo cual envuelve un contrasentido y es absurdo.

Pues Geyer encuentra una razon especial para sostener su hipótesis, por la particularidad de suponer aprehendiddos tan solo cuatro florines. Y como el Código austriaco declara *contravencion* el hurto de cuatro florines y crímen el de mil, le parece, que no hay contradiccion alguna en sostener la existencia de *contravencion consumada* y *tentativa de crímen* en un mismo acto. Merced á esta observacion es creible, una vez comprendidos los abstrusos pensamientos de Geyer, que éste defenderia diversa doctrina si el ladron se hubiese apoderado, no de cuatro florines tan solo, sino del número suficiente exigido por el Código austriaco para que el hurto se convierta de *contravencion* en *crímen*. Admite que seria contradiccion castigar á uno por tentativa de homicidio á causa de una primera lesion inferida y por homicidio consumado en virtud de la muerte producida por otra segunda herida. Pero no repugna, añade él mismo, la concurrencia á la vez de una condena por lesion grave con otra de tentativa de homicidio en una misma accion, porque ambos títulos pueden coexistir idealmente, cuando la ley establece una línea divisoria entre la lesion y el homicidio, entre la contravencion y el crímen.

Este órden de raciocinio alcanza á un concepto más vasto, que informa además de la presente otras cuestiones muy interesantes del derecho penal. Se relaciona con el concepto de la escuela *nominalista*, la cual muchas veces toma como criterio superior para decidir una ú otra cuestion la accidentalidad de tal ó cual *nombre*

atribuido á un hecho. Para nosotros, partidarios de la escuela *ontológica* el *nombre* es un mero accidente. *A priori* la ciencia no conoce *nombres*, sino *hechos*. Estudia éstos y les aplica las reglas jurídicas, segun los principios fundamentales. Repugna decir, que el ladron consumó el hurto si se apoderó de cuatro florines, y luego sostener, que no lo consumó si llega á apoderarse de cincuenta, como viene á admitir Geyer, merced á cuya distincion *ideal*, el hurto ya consumado de cuatro florines desaparece, porque el ladron se apoderó de los otros.

El mero accidente del *nombre* no funda distincion alguna. Si el comenzar á apoderarse del dinero, cuyo robo total se pretendia, constituye principio de ejecucion del hurto de todo él cuando se tomaron diez monedas, debe serlo del mismo modo cuando fueron tomadas cuatro.

El fin criminal es uno solo. Toda la série de actos exteriores ejecutados por el delincuente, forman una cadena de otros tantos momentos físicos de la ejecucion de aquel fin. La definicion del reato, segun la resultancia de momentos sucedidos ó segun la maldad del propósito, dependerá, como despues mostraré, de la gravedad relativa; pero en todo caso deberá apreciarse un solo título. Repugna, que un solo propósito criminal enderezado á un fin único, y una sola série de actos ejecutivos congéneres todos ellos y convergentes al mismo maleficio, se dividan para dar márgen á dos diversas penalidades. Tambien en el hurto y en la efraccion existe la distincion nominal, sobre la cual funda Geyer su diferencia ideal, porque el hecho del *daño producido* en el inmueble, y el hurto de cosa mueble, *tienen en la ley*, segun la fórmula de Geyer, una *línea determinante que los separa*.

Distinto en el *nombre* el *daño* del *hurto*, puede ser distinto en la *clase* de disposiciones eventuales de una ley positiva, que ponga aquel en la categoría de *contravenciones* y éste en la de *crímenes*. Mas ¿deberá por ello aplicarse al ladron efractor la doble pena del hurto y de daño?

Más conforme á los principios, sostiene Glaser, que en la propuesta hipótesis debia imputarse un solo título y aplicarse una pena sola, en lugar de imponerla doble á causa de la interrupcion sobrevenida.

Observó, que el culpable de tentativa de lesiones graves no es castigado á la vez por esa tentativa y por las lesiones leves consumadas, aun cuando éstas no pasen de contravencion. Mantiene dominante la unidad de propósito, cuya ejecucion completa requeria una série compleja de momentos sucedidos. Y no concibió la divisibilidad en dos títulos diversos de reato, constituido el uno por los hechos ejecutados, el otro por la intencion, á causa de haberse realizado un número mayor ó menor de los momentos. De donde concluye acertadamente por la imputabilidad de un solo título.

Pero al formular cuál deberia ser ese título único, se pronunció indistintamente por el de *tentativa de hurto* de la suma total que se queria robar, en lo cual anduvo inexacto.

Desde luego, por lo tocante á la indistinta proclamacion de la tentativa, bien pudiera objetársele, que semejante doctrina conduce al absurdo.

Supóngase que el ladron, dada nuestra hipótesis aplicada al Código toscano, hubiese ya tomado mil doscientas liras. Incurrió por ello en la pena de cárcel hasta cinco años (art. 376, letra *e.)*

Pero el ladron queria robar dos mil liras.

Si aceptamos sin distincion alguna la fórmula de Glaser, deberá sostenerse, que la aprehension de las mil doscientas liras constituye un principio de ejecucion del hurto de dos mil, y por lo tanto habrá de imputarse tan solo tentativa de hurto de dos mil liras, castigándole con cárcel, que no esceda de treinta meses.

Luego á ese ladron, á quien por haberse apoderado de mil doscientas liras se le pueden imponer cinco años de cárcel, solo se le impondrán treinta meses, si declara y prueba su propósito de robar más.

Luego la mayor perversidad del propósito se con-

vierte en circunstancia atenuante de la imputacion del reato. Hé aquí el absurdo.

No es, por lo tanto, absolutamente verdadera la fórmula en virtud de la cual debe aplicarse la pena de tentativa de hurto de toda la cantidad. Es indispensable mantener firme el concepto de la unidad del título, pero espresado mediante fórmula, que permita distinguir segun las cosas, y cuyos resultados lógicos sean conformes á justicia.

La fórmula existe si acudimos á la doctrina de Carmignani. Es la fórmula de la *preferencia (prevalenza)*, con la cual el ilustre restaurador de la ciencia penal resolvió perfectamente los más abstrusos problemas, tanto en el conflicto de muchos títulos, en punto á clasificacion de reatos, como en el conflicto de tentativa y delito consumado.

Firme el principio ontológico de la *unidad de accion* y *de fin*, por virtud del cual no es posible hallar conjuntamente dos diversos títulos de reato en un mismo hecho, aunque dividido naturalmente en varios momentos ligados entre sí por la relacion de medio á fin, varía la necesidad de determinar á qué ente jurídico deben vida una série de momentos sucedidos hácia determinado fin, cuando por acaso los diferentes medios empleados hiciesen surgir la lesion de varios derechos, ó cuando la lesion de éstos se diferenciase de la producida por el último acto representativo del fin del agente.

En semejante indagacion era imposible dejar de caer en absurdo, segun los casos, dictando una regla general, que reconociese el criterio determinante del título, bien en los medios solamente, bien en el fin. Este criterio no era derivable de la condicion del medio ó de la índole del fin, sino que se requeria invocar una regla más ámplia ontológica, quiero decir, en la cual lo más prevaleciese sobre lo menos.

Tal es el concepto de la fecundísima teoría de la *preferencia*. Entre todos los momentos componentes de la accion criminosa, refiéranse á los medios ó al fin, ha

de estimarse aquel que ataque un derecho de mayor importancia, ó aquel que, segun la ley, haya de ser más severamente castigado. Y en él ha de buscarse el criterio regulador de la esencia jurídica del reato y mediante aquel definirlo. Cualquier otro criterio adolece de falaz en la aplicacion práctica, y no es admisible como absoluto.

¿Cuál es, en último término, el interés, cuál el fin del jurista al estudiar el verdadero título de maleficio aplicable á un hecho dado? La necesidad de servir á la justicia, esto es, que la pena no esceda del merecimiento de ella, ora por motivo de la intencion del agente, ora á causa de sus actos materiales y al propio tiempo, que no sea inferior á la más grave merecida en cualquiera de ambas relaciones. Si se cae en error bajo el primer aspecto, la justicia resulta violada á cargo del justiciable, al cual se impone una pena no merecida. Si el error se produce en cuanto á la segunda relacion, se viola tambien la justicia á cargo de la sociedad, á la que no se presta la defensa suficiente.

Cuando, por el contrario, se aplica la pena mayor debida, sea en relacion á los *medios* empleados por el culpable, al más *odioso* entre ellos, ó sea por lo tocante al *fin*, nadie puede quejarse y se hace justicia. No puede quejarse el culpable, porque sufre la represion merecida por razon del medio ó del fin más odioso, de que se ha hecho deudor. No puede quejarse la sociedad, porque con la represion más grave queda suficientemente protegida.

Mas para llegar á este resultado de aplicar siempre la represion mayor, con el fin de no dejar al descubierto la tutela jurídica de alguno de los derechos atacados ó como medio ó como fin, parece necesario definir preventivamente el carácter jurídico del reato en razon del derecho más importante entre los ofendidos. En cuya operacion se procede con razon simple cuando la diferencia se busca entre dos delitos consumados, porque el hecho corresponde siempre á la intencion. Pero la

razon es compuesta cuando la comparacion versa entre delito consumado y tentativa. Así, un hurto consumado de cien liras, es siempre más grave, que otro tambien consumado de cincuenta. Pero una tentativa de hurto de cien liras puede ser á las veces considerablemente más leve que un hurto consumado de cincuenta. Porque á los dos elementos positivos de ciento y de cincuenta, se agregan en el cálculo de comparacion los elementos del daño efectivo representado en el delito consumado, y del mero peligro representado por la tentativa. Y puede ocurrir, que en la evaluacion de la respectiva cuantidad política la diferencia de ambas sumas llegue á compensarse por la diferencia entre el daño efectivo y al mero peligro.

Pero si la teoría, que decide sus problemas y determina sus nociones *a priori*, no puede entrar en ese segundo cálculo de comparacion, el cual supone un derecho constituido; el magistrado, al decidir casos prácticos teniendo á la vista un derecho y una penalidad determinados, no puede seguir estrictamente las deducciones de la teoría cuando vea que contradicen al principio fundamental de aquellos. Debe, por el contrario, para salvar éste, unificar las deducciones teóricas.

Por tal motivo, cabe mirar la teoría de Glaser como verdadera científicamente en abstracto, prescindiendo de las diferentes penalidades establecidas en un Código respecto á la tentativa.

El magistrado tiene presente el Código, y cuando vea, que la penalidad en él estatuida para la tentativa de delito más grave, es inferior á la impuesta al delito consumado más leve, se encuentra frente á frente de este resultado: la teoría le manda aplicar la nocion de la tentativa porque ha supuesto esceso del fin sobre el medio; el derecho constituido, á la inversa, ha hecho nacer en aquel caso un esceso del medio sobre el fin; porque contra el delito consumado, en el cual residia el principio de ejecucion, aunque más ligero, ha impuesto pena mayor que la establecida para la tentativa de delito no

consumado, aunque este sea más grave. Entonces sirve á la justicia atendiendo al principio de la preferencia, porque la regla dominante en todas las cuestiones forenses no reside en las deducciones, sino en el principio fundamental. Una deduccion puede ser verdadera y exacta en noventa y nueve casos, por no obstar al principio del cual dimana. Mas si surge un caso nuevo en el que la deduccion obsta al principio, no puede ser verdadera, y no á la ley, sino á esto ha de prestarse obediencia.

Volvamos al caso práctico haciendo aplicacion al Código toscano, con lo cual nuestra opinion se esclarecerá y demostrará al propio tiempo.

El ladron queria robar dos mil liras. La tentativa de este hurto (art. 45 y 376, letra *e*) no puede castigarse con más de treinta meses de cárcel.

¿Qué suma tomó el ladron?

Si habia tomado sólo cien liras, el hecho consumado sólo lo espondria á tres meses de cárcel. Hay aquí preferencia del fin sobre el medio, áun ante el derecho constituido (art. 376, letra *b*). La fórmula teórica procede tranquila en su aplicacion: la tentativa de hurto de dos mil liras oscurece la sustraccion de las ciento, que constituye el principio de ejecucion, como en la penalidad de dicha tentativa se absorbe con suficiente energía la penalidad de la sustraccion de las cien liras.

Por el contrario, si el ladron se habia apoderado ya de seiscientas liras, ha consumado un hurto que lo espone á tres años de cárcel (art. 376, letra *d*). Prácticamente resulta esceso del medio sobre el fin, porque en los cálculos del legislador la relacion del daño al peligro ha sobrepujado la relacion de la cantidad.

En este caso no hay más que aplicar la doctrina fundamental del conato. Cuantas veces hay esceso del hecho realizado sobre el realizable ó sobre el resultado apetecible, desaparece la nocion de la tentativa. No puede imaginarse la nocion jurídica de ésta, punible como tentativa, cuando lo ya hecho resulta más gravemente penado, que la tentativa del total propósito criminal.

Aceptaria, por lo tanto, la doctrina de Glaser, salvo el limitarla en su aplicacion, cuando así lo exigiese el principio fundamental de la preferencia, en cuyo caso impondria sólo la pena de la sustraccion ya consumada, no pudiendo tomar en cuenta la tentativa respecto á lo demás, para no imputar dos veces el mismo elemento material, ó sea imputar una tentativa sin elemento material, como dije antes.

Esta es mi opinion.

Artículo II.

Sobre la combinacion jurídica resultante cuando el ladron ha consumado en parte el hurto, que pretendia realizar en un sólo momento, pero descubierto y sorprendido no pudo consumar el resto de su accion criminal, espuse mi parecer en el anterior artículo, á propósito de la disputa surgida entre los dos ilustres profesores Geyer y Glaser (1), mostrando como era preferible la opinion del segundo, á la cual propuse algunas modificaciones, presentando como fórmula única para resolver exactamente el problema, la teoría de la *preferencia*.

Esto lo escribia en 23 de Mayo de 1864.

Posteriormente se ofrecia en Toscana un caso práctico, respecto del cual el Tribunal Real de Lucca, con sentencia de 12 de Abril de 1864, pronunciábase por la duplicidad de reatos y de penas. El condenado recurrió al Tribunal Supremo de Casacion y éste, por decreto de 13 de Julio de 1864, anuló la sentencia del Tribunal de Lucca á causa del error jurídico de reconocer pluralidad de delitos y de penas en un hurto consumado en parte y en parte intentado.

---

(1) Profesor el primero de la Universidad de Munich; ministro actual de Justicia en Austria el segundo. (N. del T.)

Véase el hecho.

El dia 7 de Abril de 1863, Honorio Librusti y Domingo Frediani, usando de llaves falsas, se introducian en la casa Dumas de Liorna. Dentro ya, uno de ellos se apoderó primeramente de un reloj de plata colgado en la pared, guardándolo; despues, empleando un cuchillo, comenzaron á forzar una caja cerrada, que contenia en especie mil seiscientos francos. En aquel momento fueron sorprendidos, y reconocidos culpables condenados por el Tribunal referido: *Honorio Librusti, como coautor del referido hurto y tentativa de hurto contra Dumas, en diez y seis meses de carcel por el hurto consumado, y en tres años de la misma pena en cuanto á la tentativa, y Domingo Frediani en diez y ocho meses de cárcel por el hurto consumado, y tres años de la misma pena por la tentativa.*

Recurrieron Librusti y Frediani en Casacion, y sus defensores (abogados Olinto Gherardi y Juan B. Carrara) deducian como motivo de nulidad de la sentencia la violacion de ley, consistente en considerar como dos delitos una accion criminal, que á su entender se unificaba ontológicamente por la unidad de resolucion y por la unidad de contesto, ó por lo ménos se unificaba á causa de la continuacion. Concluian, que tanto en el primero como en el segundo concepto, el hurto consumado del reloj y el intentado de los mil seiscientos francos sólo debian ser castigados con *una sola pena.*

Véase ahora el decreto del Tribunal Supremo sobre esta parte del recurso:

«Considerando, que dos de los condenados, Domingo Frediani y Honorio de los Inocentes ó Librusti, combatieron dicha sentencia en derecho porque apreció y castigó como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto contra los hermanos Dumas, mientras que siendo aquellos cometidos en idéntico lugar, al propio tiempo, con el uso de llave falsa y con fractura y en perjuicio de las mismas

personas debian apreciarse y penarse como un sólo delito.

»Considerando bien fundado dicho motivo, por cuanto habiendo la referida sentencia apreciado en derecho que el hurto consumado y el hurto intentado, de los cuales son autores los acusados, constituian dos diversas imputaciones, penándolas separada y distintamente, aplicó mal los artículos 72 y 75 del Código penal y violó el 80, que limita la regla general determinada en el Código mismo, relativa á los delitos continuados, á los cuales ha de imponerse una sola pena, si bien aumentada dentro de los límites legales: *Anales de jurisprudencia*, 1854, *parte primera, columna* 595. P. Q. M. Casa la sentencia en la parte penal, estatuida por la sentencia del Tribunal Real de apelacion de Lucca de 12 de Abril de 1864, condenatoria de Domingo Frediani y Honorio de los Inocentes ó Librusti, y remite la causa al Tribunal Real de Florencia para que allí sea vista y decidida á los efectos de los artículos 559 y 562 de las Declaraciones é Instrucciones de 9 de Noviembre de 1838.»

Resuelto el punto de tal manera por medio del Tribunal regulador, creo que en adelante no se producirá duda alguna entre nosotros á este propósito. Cuando ocurra la sorpresa del ladron consumada ya una parte del hurto, pero no todo lo que pretendia, no podrá hablarse contra él de dos delitos ni de acumulacion de penas, sino que deberá imputársele un sólo título, aplicándole la pena de éste.

Hasta aquí el problema aparece resuelto segun la opinion espuesta en mi anterior artículo. Pero queda por indagar cuáles fuesen los motivos determinantes del pensamiento contrario en el Tribunal Real de Lucca, y resta tambien meditar algun tanto sobre las ulteriores consecuencias en aplicacion del principio establecido por el Tribunal Supremo.

§ 1.º

La frecuencia con que en mi larga práctica he disputado con el Ministerio público sobre el punto de la unidad ó de la acumulucion de penas, me revela (no creo engañarme) la causa del error jurídico censurado por el Tribunal Supremo al Tribunal Real de Lucca.

Segun nuestro Código, es condicion de la unificacion jurídica de dos acciones criminales, que la única resolucion criminal haya llevado á más de una violacion de la *misma ley*. Luego toda la duda estriba en la inteligencia del verdadero concepto á que alude el legislador toscano, cuando requiere para la unificacion jurídica aquel extremo de la *identidad de ley* violada.

Algunos pensaron (objetándomelo diversas veces en el foro), que esta fórmula queria significar varias violaciones del *mismo artículo de la ley*. Me esplicaré.

Trátase de un hecho, que produce dos lesiones graves. Ambas se comprenden en un sólo artículo del Código; luego se dan varias violaciones de la misma ley. Pero se trata, por el contrario, de una lesion grave y otra leve. Pues (se me dice) hay que aplicar dos penas, acumulando la de la lesion grave con la de la leve; no pueden estas mirarse como una lesion continuada; no pueden unificarse en una sola represion, porque no es una sola la ley violada: son dos distintos artículos. Lo mismo he oido repetir tratándose de un hurto cualificado, que además de concurrir con otro de la misma especie, concurria con uno simple. É igualmente he oido sostener otro tanto en muchos casos análogos.

Conjeturo, que el Tribunal Real de Lucca rindió homenaje á esta doctrina, cuando creyó imposible considerar como un solo delito continuado el hurto intentado y el hurto consumado por Librusti. La tentativa se castiga en el art. 45; el hurto consumado en el 376. Los acu-

sados violaron una ley con el primer hecho y otra con el segundo; no se puede hablar de unidad ontológica y ménos aún sostener la unificacion jurídica, porque no se trata de varias violaciones de la misma ley. Es, por lo tanto, necesario infligir las dos penas.

Semejante interpretacion, censurada por el Tribunal Supremo con gran sentido, es inaceptable, porque conduce al absurdo. Lo demostraré evidentemente. Segun esa doctrina, si Ticio, en medio de una riña, ha herido gravemente á dos indivíduos, no se vacila en aceptar la unificacion. Está prohibido imponerle más de tres años de cárcel. Pero si Cayo, en la misma riña, hirió á otros dos indivíduos, gravemente al uno, ligeramente al otro, es diverso entonces. Hay dos leyes violadas: no estamos en el caso de la absorcion, sino en el de la acumulacion y por lo tanto, es imposible imponer á Cayo los mismos tres años de cárcel por la lesion grave y ocho meses además, por la herida ligera. Si Cayo pregunta el motivo, la causa de ese recargo de ocho meses de pena en relacion con la impuesta á Ticio, será preciso responderle: porque la segunda lesion producida por Ticio era grave y la causada por tí era ligera. Sempronio consuma sucesivamente dos hurtos, ambos cualificados. Seyo consuma uno solo y el otro no pasa de tentativa, ó el primero era cualificado y el segundo no pasa de simple. La consecuencia es idéntica á la del ejemplo anterior. A Sempronio no se le puede imponer á lo sumo, más que el máximum de la pena de un hurto. A Seyo sobre el máximum de dicha pena puede imponérsele la de tentativa ó la de hurto simple. ¿Por qué? Porque el segundo hurto de Sempronio era cualificado ó consumado, y el segundo de Seyo era simple, ó no escedió de tentativa.

¿Es posible mantener como buena una interpretacion, que á tales absurdos conduce? ¿Es posible, que cupiera en la mente del legislador toscano sancionar tales exorbitancias? El sentido moral y el sentido lógico se revelan contra ello. La razon debe encontrar diversa

interpretacion y muy distinto propósito, para no dar motivo á esas injusticias.

Cuando el legislador toscano prescribió para la unificacion jurídica la *identidad de la ley* violada, no entendió referirse con la palabra ley á la estricta consideracion de un número; no hizo alusion al artículo ó al párrafo. Al suponerlo así se viola la letra del precepto, porque este no dice *artículo de la ley*, sino *ley*. Luego el pensamiento por mí combatido, agrega arbitrariamente, en el precepto que trata de interpretar, una frase no contenida en él.

Si apelamos despues á la razon del precepto, resulta clarísimo, que el legislador quiso referirse con la palabra *ley* á una cosa abstracta, no material; por modo alguno se contraía á la accidentalidad de una página, de un número, de una fecha. Miraba más alto en la ley protectora del derecho. Queria, en una palabra, espresar la *identidad del derecho* atacado.

Esto significó con las palabras *misma ley*, esto es, la ley primitiva, que proclama la inviolabilidad por parte del hombre, de cada uno de los derechos de la humanidad. Una es la ley que protege el derecho de la integridad; una la que ampara la propiedad; una la que guarda el honor; una la que defiende el pudor; una la que garantiza la religion; una la que mantiene incólume al Estado y así de las demás. Así lo entiendo y veo con perfecta claridad, que quien ofendió el honor y quien atacó la propiedad violan dos leyes distintas. Pero no entiendo, que cuando uno ha atacado dos veces á una misma persona, haya de decirse que ha violado dos diversas leyes, porque la primera de sus víctimas estuvo imposibilitada por treinta y un dias, y la segunda durante treinta. El número del artículo, el apartado, no son más que accidentes exteriores de la forma dada al precepto cuya intrínseca sustancia y cuya índole jurídica no alteran. Si el legislador hubiese querido esto, habria claramente exigido la identidad de la pena, pero de esta no habló, como tampoco habia hablado de artículos.

Es indispensable apelar á la razon fundamental de la teoría de la continuacion. Ella no se contrae á una ú otra penalidad especial. Deriva de un principio de alta justicia, que no tolera la duplicidad de pena respecto á dos acciones, cuando el elemento intencional de ambas es el mismo, aunque el elemento material se exteriorice en dos actos diversos. Y no lo permite, porque al castigar el primer acto se hace cargo al acusado del elemento de la perversidad psicológica que lo inspiró; cuyo elemento, una vez calculado á cargo del culpable, no puede, en buena justicia, volverse á calcular por segunda vez en el segundo hecho. Hay sí, dos delitos, bajo el aspecto material; existe uno solo por relacion al elemento intencional. Es más depravado, el que por dos veces toma la resolucion de delinquir, que el resuelto una sola vez y la justicia exige, que dos actos materiales y un solo acto de intencion pesan ménos en su balanza, que dos actos tambien materiales y dos de la voluntad. Esta es la única razon plausible de la teoría de la continuacion. De otra suerte se reduciria á un empírico recurso de fácil benignidad.

Pues si nos atenemos á este principio fundamental, es claro, que cuando el legislador toscano quiso una sola determinacion criminosa y la exigió verdaderamente tal en todas las relaciones de su existencia ideológica. La quiso única, no tan sólo subjetivamente, como puede serlo la resolucion de un malvado, que se proponga robar á una mujer y al propio tiempo estuprarla, sino objetivamente, esto es, enderezada á la lesion de un mismo derecho, porque sin unidad de fin, la verdadera unidad ideológica no existe. Por ello, además de espresar el criterio de la unidad ideológica subjetiva con la frase *una misma resoluccion criminal*, quiso espresar el criterio de la unidad ideológica objetiva merced á la frase de *una misma ley*. Si así es, la palabra *ley* en este caso no significa otra cosa, que el *mismo derecho*.

Cuando un malvado delibera delinquir no piensa en violar el art. 20 ó el art. 100. Piensa violar un derecho de

otro, mediante cuya lesion se promete recabar un bien sensible. La unidad ideológica de la determinacion no se rompe porque en la redaccion de un Código tales circunstancias sometan un hecho á determinado artículo y tales otras lo incluyan en otro. Se interrumpe aquella unidad cuando se piensa en violar el derecho de propiedad, y además aunque sea al mismo tiempo el derecho del honor. Las violaciones de ambos derechos representan en la mente que las acaricia dos fines diversos, y si no se verifican en aquella por razon del nexo de medio á fin, es preciso reconocer que las dos voliciones, aunque contemporáneas y en su génesis no separadas por un segundo de tiempo, fueron distintas. Por lo mismo, llamado el delincuente á responder de los dos hechos conjuntamente, con la materialidad del primero, se le imputa el primer acto de volicion y con la materialidad del segundo, se le imputa el segundo acto de volicion, sin que haya duplicidad de imputacion. Otra cosa acontece si la duplicidad de volicion se pretende derivar de la accidental diversidad del artículo de la ley violado. Prescindiendo de considerar, que el inferir una herida leve y no grave; el intentar un robo y no consumarlo no entra en los cálculos y previsiones del delincuente, no es ménos cierto, que en la esfera de tales previsiones por modo alguno concurre el cálculo del número del artículo ó la ley, que servirán para castigarlo una vez descubierto.

La decision del Tribunal Supremo en la causa Librusti es, por lo tanto, acertada é incriticable, por más ajustada á la letra de la ley y más conforme á los principios fundamentales de la ciencia, y porque impide consecuencias de exorbitante injusticia.

§ 2.°

¿Cuáles serán las consecuencias de esta regla en las aplicaciones de la práctica? Esta indagacion trae consigo

dos distintas cuestiones: la primera se refiere á la determinacion del *título*; la segunda ocurre al apreciar cuándo habrá de tomarse en cuenta la *unificacion ontológica* y cuando la *jurídica* simplemente.

La primera duda sólo puede resolverse mediante la teoría de la preferencia. Convencido, que el culpable de un delito consumado y de una tentativa debe declararse responsable de un sólo delito continuado y someterse á la penalidad relativa, establecida por la ley para dicho delito, aumentada dentro de sus límites legales, es indudable, que en muchos delitos será aplicable la correspondiente al delito consumado; porque en estos delitos, por ejemplo el homicidio, el estupro, no esperimentando ordinariamente variacion alguna en su medida por efecto de la *cuantidad natural*, debe suponerse, que el delito consumado es siempre mayor que la tentativa. Por consiguiente, la penalidad de los dos delitos unificados mediante la continuacion deberá buscarse en el artículo de la ley, que castiga el hecho consumado.

Pero en los crímenes, que de ordinario muestran variedad en la *cuantidad natural*, puede cambiar en relacion á ésta la medida de su penalidad, sucediendo á las veces, que la mera tentativa sea objeto de mayor pena que el delito consumado, no obstante corresponder ambos al mismo título. Acontece esto con más frecuencia en el hurto, allí donde la ley reconozca como norma de la pena aplicable el criterio de la cuantidad natural, esto es, la importancia mayor ó menor de la cosa robada. Segun este criterio, un hurto consumado de diez liras es ménos castigado, que una tentativa de hurto de mil liras.

En semejante combinacion no es posible considerar como superior el delito consumado á la tentativa en el mismo maleficio. Donde un justiciable sea reconocido culpable de hurto consumado y de tentativa unificados entre sí por el vínculo jurídico de la continuacion, aunque ontológicamente sean distintos, no puede decirse exactamente, que aquel se sujeta á la penalidad del

hurto consumado, porque esta penalidad pueda ser menor de la señalada á la tentativa y seria absurdo eximirle de la pena merecida en el último caso, por la sencilla razon de haber ya consumado otro hurto, como lo seria igualmente eximirle de la pena del hurto consumado á causa de su tentativa de otro hurto.

No es aplicable, por lo tanto, constantemente una fórmula concreta, sino la abstracta de la preferencia. Es necesario examinar el valor respectivo del objeto en la sustraccion intentada y en la consumada; confrontar la respectiva penalidad establecida por la ley, segun los dos valores y aplicar la pena más grave á la delincuencia continuada resultante de las dos acciones, sin parar mientes en la preferencia ideal del delito consumado sobre la tentativa, porque ella es absorbida por la preferencia real de la pena. Esta combinacion se presenta muy favorable en el Código toscano; en cierto modo es palpable en el caso de Librusti. El Tribunal Real de Lucca lo condenó á diez y ocho meses de cárcel por el hurto consumado del reloj, teniendo en cuenta el escaso valor de éste y á tres años por la tentativa de hurto de los mil seiscientos francos. Pues el decreto del Tribunal Supremo prohibiendo la duplicidad de las penas, quiso, que la una fuese absorbida por la otra, y en verdad la del delito consumado se absorberá en la de la tentativa. Pero si la condicion de los respectivos valores hubiese sido al contrario, la absorcion habria debido verificarse en sentido opuesto. Me parece esta solucion libre de toda dificultad.

La segunda cuestion es mucho más difícil y contestable. Veamos, ante todo, los resultados que de ella derivan para comprender su importancia.

Cuando se disputa si dos acciones criminosas deben calificarse como dos distintos delitos ó como uno solo continuado, la resultancia de la diversa solucion es por extremo sensible. En el primer caso se aplicarán las dos penas; en el segundo sólo podrá aplicarse una. En el primero podrá darse la acumulacion de los dos *máxi-*

mum; en el segundo no será permitido esceder en la pena la medida de un *máximum*. Bajo este aspecto, pues, la disputa es vital.

Por el contrario, al disputar si dos acciones criminales son por su naturaleza un sólo delito á causa de la conexion material ó por la conexion ideológica de medio á fin, ó si han de ser unificadas jurídicamente á virtud de la continuacion, aunque ontológicamente sean diversas, la disputa tiene ya menor importancia, segun el Código toscano á lo ménos, porque es cuestion de *mínimum* únicamente.

De hecho la continuacion entre nosotros, despues de otorgar á favor del justiciable la reduccion de la imputabilidad de los dos hechos á la de uno solo, obra en su agravio aumentando la pena al máximum (1) dentro de sus límites legales, lo cual se reduce en sustancia, á que el Juez no es árbitro de aplicar el mínimum de la pena determinada tratándose de un delito continuado, sino que ha de esceder en algo de aquel mínimum, sea en dias, sea en meses, según la naturaleza de la pena.

Ahora bien; si con arreglo á nuestro Código el Juez puede obrar dentro de los límites de la pena relativa sin dar cuenta de su juicio ó sin que la ley le imponga limitacion alguna en este su arbitrio, es evidente, que la disputa dará escaso resultado práctico, aparte aquellos casos en los cuales el Juez, por un piadoso interés hácia el acusado, quisiese aplicarle el mínimum y no pudiese á causa del obstáculo de la continuacion. Fuera de estos, el Juez podrá ceder á la insistencia de la defensa, que sostiene la tésis del delito único, negando la continuacion y no obstante infligir el *máximum* de la pena; como otras veces, podrá resistir á la tésis de la defensa y declarar la continuacion, pero imponer pena muy inferior al máximum. Así la disputa en la práctica llega á reducirse con frecuencia á mera cuestion de palabras.

---

(1) A estas cuestiones, por extremo importantes y frecuentes en la práctica, se refieren los artículos 65, 88 y 90 de nuestro Código penal vigente. (N. del T.)

A pesar de todo, la definicion del criterio, que separa la unidad ontológica de la unificacion jurídica, es importante científicamente y muchas veces incierta en algunos delitos, por ejemplo los de hurto.

Cuando los dos hechos criminales están separados por cierto intérvalo, por ejemplo, si el ladron, despues de haber hurtado un objeto, vuelve á la casa y se apodera de otro, no hay duda alguna: existen dos delitos. Pueden unificarse mediante la continuacion á causa del nexo ideológico de la única resolucion criminal. Pero bajo el punto de vista material son dos acciones criminales distintas.

Si no medió interrupcion de tiempo ni de lugar, y todos los actos se sucedieron constituyendo una misma accion, entonces hay motivo para dudar y razon de distinguir la pluralidad de los *actos* de la pluralidad de las *acciones*. Esto es indispensable especialmente en el hurto, en cuyos noventa y nueve casos, de ciento, los ladrones se apoderan de más de un objeto, y por consiguiente, casi siempre puede objetárseles, que al apoderarse de uno de aquellos consumaron el delito, lo cual es cierto; que al tomar otro objeto consumaron igualmente otro delito, tambien verdad, siendo, por lo tanto, responsables de hurto continuado.

La práctica constante de los tribunales contradice este criterio. Diarios son los hurtos de varios objetos, y los ladrones son siempre imputados de hurto sin hablar de continuacion. Si Frediani y Librusti hubiesen consumado el hurto del dinero como consumaron el del reloj, hubiéranse visto traducidos en juicio con la imputacion de un solo hurto. Lo cual puedo asegurar citando innumerables ejemplos de ladrones, que introducidos en una casa ó en una tienda, sustrajeron muchos y varios objetos; dinero, telas, objetos de plata, alhajas y cuanto hallaron á mano. Pues no obstante, que la aprehension de cada uno de dichos objetos representase un hurto consumado, la acusacion los imputó é imputa como culpables de un solo hurto, sumando el valor total, sin

hablar nunca de continuacion derivada de la multiplicidad de los objetos sustraidos, porque deducir la continuacion del hurto de la pluralidad de los objetos robados, es en verdad una exageracion.

Pues ¿de dónde nacen en el caso que nos ocupa la vacilacion y el conflicto? La circunstancia, que oscurece y dificulta la aplicacion del verdadero principio respetado tranquilamente en otros casos, nace de una exagerada deferencia hácia el nominalismo; nace de ser uno de los hurtos consumado, é intentado el otro. Esto hizo considerar imposible la unificacion jurídica al Tribunal de Lucca, y á otros presenta como imposible tambien la unificacion ontológica. Paréceme, salvo el respeto debido á otras opiniones, que la circunstancia de la imperfeccion de un acto criminoso y la perfeccion de otro, cuando son parte de un todo, que completo habria constituido un solo delito, no basta á romper esta unidad. Mi inteligencia no alcanza á comprender cómo de un ente único, si se hubiera completado, resulte el fenómeno de formar dos por solo el de quedar aquel incompleto en una de sus partes. Comprendo que matemáticamente la fraccion constituya, respecto de la unidad, una cantidad heterogénea, porque no pudiendo sumarse juntamente los dos, no llegan á formar una cantidad única, y por el contrario, uno y medio han de considerarse dos cantidades. Pero ontológicamente, y mucho menos jurídicamente, no puede decirse lo mismo.

Para demostrar esta creencia me basta una sola observacion. Si el quedar imperfecto uno de los actos basta para destruir la unidad de la accion criminal, llegaremos inevitablemente á esta consecuencia: el Juez toscano puede castigar con el mínimum de pena al que robó dos relojes; deberá castigar más severamente al ladron de uno que fué sorprendido en el momento de robar el otro. A este último no puede aplicarle el mínimum sin incurrir en censura por violacion de la ley.

Esto quiere decir que constituye circunstancia agravante la sorpresa *in fragranti* del hurto. La teoría del

hurto *manifiesto* no es de nuestro tiempo. O ha de negarse la unidad del hurto cuantas veces se roba más de un objeto, ó ha de negarse á la imperfeccion de un acto el poder de romper esa unidad. Seamos lógicos si queremos ser justos (1).—Pisa 5 Setiembre 1864.

(1) El Tribunal Real de Florencia adoptó estos principios en su sentencia de 17 de Setiembre de 1864, condenando á Frediani y Librusti por un *solo hurto* sin hablar de *continuacion*, y obedeciendo á la *preferencia* de la tentativa sobre el consumado. Véanse los términos de su decision, que confirma los dos puntos por mí sostenidos:

«Examinados con arreglo á derecho segun los términos espuestos por el Tribunal Supremo en su decreto de 13 de Julio próximo pasado, por virtud de los cuales no pueden considerarse y castigarse como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto contra los hermanos Dumas, sino que verificados en el mismo lugar, al propio tiempo, con los mismos medios, esto es, uso de llaves falsas y fractura en perjuicio de las mismas personas, han de apreciarse juntamente y castigarse como un sólo delito.

»Considerando que para determinar la especie y la cuantía de la pena debe servir de norma el título de delito que se presentaba como más grave, el cual en el caso presente es, sin duda, el de tentativa, aunque sin prescindir del otro para tomarlo en cuenta para la evaluacion y agravar la pena dentro de sus límites legales;

»Condena á Domingo Frediani en tres años de cárcel y á de los Inocentes en tres años y diez y seis meses de cárcel á causa de ser reincidente.»

APÉNDICE SEGUNDO.

CONTINUACION DE LA TENTATIVA.

En diferentes ocasiones he notado la gravedad del problema sobre si cabe establecer la continuacion en la *tentativa*, haciendo observar, que la jurisprudencia toscana todavía no se ha pronunciado sobre este punto. Veo ahora, que el Tribunal Supremo de Florencia, en decreto de 2 de Mayo de 1870 (véase el *Diario de las Leyes*, año 2, *núm.* 6), con ocasion del recurso *Zecchi*, ha resuelto afirmativamente. El razonamiento del Tribunal es sencillísimo. Segun el art. 80 del Código toscano, existe delito continuado cuando á un justiciable se objetan *varias violaciones de la misma ley cometidas en un mismo momento de accion, ó aunque en tiempos diversos con actos ejecutivos de la misma resolucion criminosa.* Cierto es que una tentativa punible constituye *violacion de ley.* Luego varias tentativas procedentes de la misma resolucion criminosa, pueden constituir el delito continuado.

Pero quien apoyado en la decision referida creyese sancionado de un modo *absoluto* que la repeticion de tentativas constituye *siempre* la *continuacion,* formaria en mi sentir un juicio aventurado. Sabemos que los tribunales de casacion no establecen máximas *absolutas* cuando deciden la *improcedencia* del recurso, porque el Tribunal regulador puede ser llamado á establecer una

máxima general cuando decreta la *anulacion* de una sentencia por infraccion de ley; pero cuando rechaza, juzga solamente el *caso especial* sometido á su exámen, y decide que *en ese caso* la ley fué bien aplicada. De modo que es libre, sin incurrir por ello en contradiccion, de resolver despues la mala aplicacion de la ley en otro caso, el cual, en apariencia análogo al precedente, ofrece sin embargo, alguna diferencia de hecho, que la superior sabiduría del Tribunal juzga motivo suficiente para una resolucion diversa.

Por lo mismo, antes de considerar establecida con la decision de 1870 una regla absoluta, por cuya virtud toda *repeticion de actos ejecutivos* de un delito constituye *siempre* continuacion, conviene fijarse por un momento y distinguir de casos.

Existe, en primer lugar, gran diferencia entre el concurso de una *tentativa* con *delito consumado* y la concurrencia de varias *tentativas*, que no pasan de tales.

Donde se trate del concurso de una *tentativa* con delito consumado, puede dudarse en primer término si aquellos dos hechos constituyen diferentes violaciones de la *misma ley*, porque una es la ley que castiga la tentativa y otra la que pena el delito consumado. Prescindamos, sin embargo, de esto. En la primera hipótesis es ineludible el criterio de la *diversa accion* y de la *discontinuidad* de las acciones. La única consideracion de la existencia de *varias violaciones* de ley, no es bastante á excluir el delito único dando vida al delito *continuado* de un modo absoluto y constante; porque seria absurdo aplicar semejante regla á *varios actos ejecutivos*, que si bien constitutivos cada uno de ellos de violacion de ley, no son más que parte y continuacion de la misma *accion*. En tal caso se dirá, que el delito *consumado* *absorbe* todos los actos ejecutivos precedentes, los cuales se encarnan y compenetran en él para formar un sólo ente jurídico. La cosa resulta palpable valiéndonos de algunos ejemplos.

Ticio ha puesto por obra la fabricacion de falsa mo-

neda; prepara el metal, abre troqueles, pero no ha fundido todavía la moneda. Es responsable de *tentativa de fabricacion,* que constituye indudablemente violacion de ley. Si es sorprendido y descubierto se le castigará por tentativa de falsificacion de moneda. Pero no es descubierto. Transcurridos algunos dias, vuelve á su obra, perfecciona los troqueles y funde la moneda, que resulta ya perfecta y disponible para la espendicion. Se ha consumado el delito de falsificacion de moneda. Si en el proceso se llega á comprobar lo ejecutado por Ticio hoy para consumar el delito y lo que hizo ocho dias antes para dar *comienzo á la ejecucion,* ¿se dirá que existen tentativa de falsificacion y falsificacion de moneda consumada, recíprocamente continuadas entre sí? ¿Es posible afirmarlo? El más ó el ménos de pena del falsificador ¿dependerá de que haya fabricado toda la moneda en un dia ó en varios? Por tal manera, la *inexperiencia* se convierte en agravante, y la *habilidad* criminal en atenuante. ¿O se dirá, que todas las falsificaciones de moneda son delitos continuados, porque no se consuman mediante un solo hecho instantáneo como algunos homicidios, sino que requieren una *repeticion de actos?* Tal seria la consecuencia indeclinable impuesta por la lógica á quien tomase como absoluta la regla de que allí donde se dan *varias violaciones de la misma ley,* hay siempre delito continuado; porque siempre, absolutamente siempre, los *primeros actos ejecutivos* de un delito constituyen *una violacion de ley* punible ya: de modo, que el delito continuado será excluido tan solo en los reatos *qui perficiuntur unico actu.* La *unidad del delito* se identificará con la *unidad del acto ejecutivo.* Otra cosa no puede ser.

Un ladron se ha introducido en mi habitacion; llegó á romper la cerradura de mi escritorio y se disponia á robarme el dinero, cuando volví á la habitacion para recoger un objeto olvidado. Si sorprendo al ladron y lo entrego á la justicia, ésta lo penará por tentativa de hurto cualificado; el hecho, sin duda alguna, constituye

violacion de ley. Pero el ladron, al sentir mis pasos, se esconde bajo mi lecho; tomo el objeto olvidado; no he visto al ladron ni observado la fractura del escritorio y salgo apresuradamente. Pasado un intervalo de tiempo, el ladron se reanima; sale de su escondite, vuelve hácia el escritorio y me roba el dinero. *Segunda violacion de ley*. Es diversa de la primera y conduce á pena distinta y más grave. Porque existen aquí *dos violaciones de ley distintas*, que llevan, si aisladamente las consideramos, á dos penas tambien distintas; ¿las imputaremos como *dos delitos*, en lugar de reputarlas uno solo? ¿Se usa por ventura de benignidad reuniéndolas bajo una sola imputacion, mediante el recurso de la continuacion? Lo contrario seria trastornar todas las prácticasusuales. Raros son, en verdad, los delitos, que en los actos ejecutivos preliminares de la consumacion no presenten *una violacion de ley*, que, considerada aisladamente, revela un hecho completo punible especialmente, ora como tentativa, ora como acto criminoso de por sí subsistente. Aun el homicida, si antes de asestar el golpe de cuchillo sujetó al adversario, lo maltrató y arrojó por tierra, se hace por esto solo responsable de un hecho, que deberia castigarse como lesion personal perfecto, ó como tentativa de homicidio. Aun aquel que atacó á una mujer, que se defiende y le descompuso el vestido, comete *violacion de ley*, que puede castigarse como ultraje violento al pudor ó como tentativa de violencia carnal, aunque la mujer haya logrado evadirse, saliendo intacta de aquella lucha. Pero si nuevamente es dominada y en ella se consuma la violencia carnal, y por lo tanto *nueva violacion de ley*, ¿se imputarán ambos títulos y se le declarará responsable de dos delitos? La pretendida regla, en virtud de la cual se adopta la pluralidad de delitos y la doctrina de la continuacion donde aparezcan diversas violaciones de ley, no es admisible en absoluto, antes bien ha de considerarse como escepcion especialísima.

Existe una regla más antigua, más clásica y univer-

sal, á saber: los *medios* criminales enderezados á un fin tambien criminoso, se compenetran con éste y de aquí resulta una figura punible, cuyos caractéres se determinan por razon de los *medios* ó por motivo del *fin*, segun la gravedad respectiva, que prevalece. Esta regla unificatriz ha de eliminarse, ante todo, en los casos en que se habla de delito continuado. Lo primero es demostrar la *dualidad* de los delitos, en donde está el substratum indispensable á la continuacion. Una vez establecido, procede entonces indagar la identidad de la ley violada y de la determinacion para decir al justiciable: te imputo *un sòlo delito continuado* cuando debiera imputarte *dos* y castigarte por ambos.

La teoría de la continuacion sólo puede aplicarse, sin incurrir en sofisma, á la única hipótesis de la cual nace. Se admite para moderar las exorbitantes consecuencias de la doctrina de la acumulacion de penas, evitando así la condena de un hombre, por ejemplo, á cincuenta años de prision ó de noventa años de casa de fuerza. Semejante efecto no se produce, ni es de temer, cuando las diversas *violaciones de ley* son otros tantos actos *ejecutivos* de una misma *accion*, aunque cada uno de ellos, si quedase *aislado*, hubiera podido constituir en sí mismo un delito punible, porque representa *una violacion de ley.*

No basta por sí sólo, el criterio de las diferentes violaciones de ley á dar la fórmula, que resuelva el problema de la imputacion, porque nos llevaria á absurdos intolerables. Es indispensable referirlo á una fórmula ulterior, siempre que á la pluralidad de los *actos* ejecutivos siga la pluralidad de *acciones*, y naciendo de ésta la *pluralidad de delitos*, puedan disminuirse sus efectos merced á la benigna ficcion del *delito continuado.*

Procedieron por lo tanto, con sobrada ligereza, los que imaginaron haber hallado la definitiva resolucion del problema en la sentencia antes referida del Tribunal de Casacion. Decidió un caso especial y en esto no há

lugar á crítica alguna, pero la fórmula adoptada para ello no es acomodable y buena para todos los demás casos. Una fórmula absoluta aplicable á todas las necesidades será siempre el *desideratum* de la ciencia. Cuál sea ella no lo puedo decir, pero tengo por cierto, que la verdadera fórmula para definir la *continuacion* ha de tener por contenido una *discontinuacion*, lo cual debe acontecer así en la hipótesis en que se combine una tentativa con el sucesivo delito *consumado*, como en la combinacion de varios actos, cada uno de los cuales contenga en sí mismo una tentativa punible. Para aplicar la doctrina de la continuacion, que mitiga la imputacion, pero agrava la pena, es indispensable tener preventivamente *dos delitos*, dos entes jurídicos separados y distintos; mas no basta la dualidad de los entes jurídicos, porque todo acto ejecutivo constituye en sí mismo un ente jurídico; se requiere, además, la dualidad de *hechos*, la dualidad de *acciones*, sin las cuales todos los entes jurídicos nacidos de los actos ejecutivos singulares, se unifican en uno sólo de aquellos. Es necesaria una cierta *diformidad*, cierta *interrupcion*; en una palabra, aquello que yo llamo *discontinuacion*, que es difícil de definir. Si el ladron intentó romper la verja de hierro y no lo consiguió y despues, proveyéndose de falsa llave se introdujo mediante ella en mi casa, pueden determinarse aquí dos distintas *acciones*.

Pero si el ladron falsificó la llave falsa, la aplicó á mi escritorio y no consiguió abrirlo, y despues, limando la llave ó fabricando otra más apropiada, puede recomenzar su mal designio y abrir el mueble, aquel primer acto ejecutivo, que quedó en conato y el segundo acto ejecutivo y consumativo, serán únicamente *momentos de una sola accion* y á mi juicio, de un solo delito. La cuestion, sin embargo, demanda más ámplios estudios.

Pisa y Marzo, 1871.

ÍNDICE.